J. pract.
155 ik

London

<36628078440019
<36628078440019
Bayer. Staatsbibliothek

DIE
ANEFANGSKLAGE
IN IHRER
URSPRÜNGLICHEN BEDEUTUNG.

VON

DR. IUR. **PAUL LONDON**
KGL. PREUSS. GERICHTSASSESSOR.

AUS DEM NACHLASSE DES VERFASSERS

HERAUSGEGEBEN VON

DR. IUR. **MAX PAPPENHEIM**
PRIVATDOCENTEN AN DER UNIVERSITÄT BRESLAU.

BRESLAU.
VERLAG VON WILHELM KOEBNER.
1886.

J. pract.
155 ik
London

<36628078440019

<36628078440019

Bayer. Staatsbibliothek

DIE

ANEFANGSKLAGE

IN IHRER

URSPRÜNGLICHEN BEDEUTUNG.

VON

DR. IUR. **PAUL LONDON**

KGL. PREUSS. GERICHTSASSESSOR.

AUS DEM NACHLASSE DES VERFASSERS

HERAUSGEGEBEN VON

DR. IUR. **MAX PAPPENHEIM**

PRIVATDOCENTEN AN DER UNIVERSITÄT BRESLAU.

BRESLAU.

VERLAG VON WILHELM KOEBNER.

1886.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorwort.

Als nach dem im Mai des Jahres 1885 erfolgten Tode meines Freundes Dr. Paul London die Angehörigen desselben mit dem Wunsche an mich herantraten, das Buch, dem der Verstorbene seine von Berufsgeschäften freie Zeit eine längere Reihe von Jahren hindurch unausgesetzt gewidmet hatte, wenn möglich zur Veröffentlichung gebracht zu sehen, übernahm ich die Besorgung der letzteren um so lieber, als ich dadurch nicht nur eine Pflicht der Pietät zu erfüllen, sondern auch der Wissenschaft des Deutschen Rechts einen Dienst zu leisten hoffen durfte. Hemmnisse verschiedener Art, in erster Linie die Nothwendigkeit, bereits früher Begonnenes zunächst zu Ende zu führen, haben es bewirkt, dass erst in diesem Jahre mit der Ausführung der übernommenen Aufgabe Ernst gemacht werden konnte und erst jetzt das Buch des Verfassers dem Kreise derer, denen die Erforschung der Geschichte des Deutschen Rechts am Herzen liegt, vorgelegt werden kann. Freilich lässt sich dies nicht ganz in der Weise bewerkstelligen, wie es von Seiten des Verfassers selbst geschehen wäre. Es ist nur ein Theil, wenn auch ein für sich ein abgeschlossenes Ganzes darstellender Theil des von ihm Geplanten, was dem Leser mit diesem Bande geboten wird.

Das ganze Werk des Verfassers sollte [1]) nach dessen Absicht eigentlich in drei Abschnitte zerfallen, und es sollte die Anefangsklage in dem ersten dieser Abschnitte in ihrer ursprünglichen Gestalt, in dem zweiten in ihrer weiteren Entwicklung und in dem dritten in ihrem Verhältniss zu den übrigen Klagen um Gut zur Darstellung gelangen. Der zweite Abschnitt war dazu bestimmt, des Verfassers Ansicht über die ursprüngliche Bedeutung der Anefangsklage im gemeingermanischen Recht in Einklang zu

1) Vgl. auch unten S. 29.

setzen mit den von ihm[2]) in allem Wesentlichen gebilligten Ausführungen Labands betreffs der Gestaltung derselben im Rechte des Sachsenspiegels und der mit ihm verwandten Quellen. Dies hatte in der Weise zu geschehen, dass das Recht der späteren Zeit als das Ergebniss einer allmählichen Entwickelung nachgewiesen, seine Abweichungen als Folgen eines historischen Prozesses erklärt, Rudimente des älteren Zustandes als noch in ihm vorhanden klargelegt wurden. Der dritte Abschnitt sollte dann die über die Anefangsklage vorgetragene Ansicht des Weiteren stützen und gleichzeitig für das allgemeine Rechtssystem verwerthen durch den Nachweis, dass die civilen Mobiliarklagen des späteren Mittelalters überhaupt aus strafrechtlichen Klagen entstanden seien und dass eben aus diesem ihrem Ursprunge sich ihre Eigenthümlichkeiten, namentlich auch das Princip der Beweisvertheilung erklärten. In dieser strafrechtlichen Grundlage, auf der sich dann der Bau des deutschen Klagensystems erhob, habe zugleich auch der Keim für den Rechtssatz „Hand muss Hand wahren" geruht. Denn ursprünglich — so gedachte der Verfasser auszuführen — bildete es die Regel, dass eine Verfolgung von Mobilien in der Hand Dritter überhaupt nicht stattfand, vielmehr konnte sich der auf ihren Besitz Berechtigte nur an den ihm persönlich verpflichteten Besitzer der Sache halten. Nur ausnahmsweise konnte die Zurückerlangung von Sachen, die im Gewahrsam eines Dritten sich befanden, im Laufe des Strafverfahrens wegen widerrechtlicher Aneignung vorkommen. Immer aber erscheint diese Herausgabe der Sache als Folge nicht eines civilrechtlichen, sondern eines prozessualischen und zwar strafprozessualischen Satzes, indem die Sache in dem Verfahren zunächst als Mittel für die leibliche Beweisung eine Rolle spielt, ihr Besitzer durch den Besitz zunächst als der strafbaren Handlung verdächtig erscheint und belangt wird. Die Ausnahmefälle, in denen der Dritte die Sache herausgeben muss, obwohl er den Beweis dafür erbringt, dass er sie nicht durch die strafbare Handlung oder durch Antheilnahme an derselben erworben, beruhen auf Utilitätsgründen. Aber eben bei ihnen konnte die Entwicklung anknüpfen, die im Laufe der Zeit den strafrechtlichen Charakter der Anefangsklage immer mehr in den Hintergrund treten lässt und das Schwergewicht allein auf deren reipersekutorische Funktion

[2]) Vgl. unten S. 8.

legt. In welcher Weise diese Entwicklung vor sich ging, sollte dann noch sorgfältig geprüft werden.

Es ist dem Verfasser nicht vergönnt gewesen seinen Plan vollständig auszuführen. Namentlich von dem dritten Abschnitte, der übrigens auch nach den Intentionen des Verfassers den für den ersten Band bestimmten beiden ersten Abschnitten erst später nachfolgen sollte, liegt nicht mehr als eine grosse Masse von Vorarbeiten vor, die sich in einem sehr verschiedenen Entwicklungsstadium befinden und eine Veröffentlichung nicht gestatten. Andeutungen betreffend den Inhalt des geplanten dritten Abschnitts finden sich in der vorliegenden Schrift zu wiederholten Malen (vgl. S. 30 Anm. 1a; 139 Text zu Anm. 55; 163 Anm. 27 g. E.; 167 Z. 20—24 v. o.; 299 Z. 18 v. o.).

Für den zweiten Abschnitt, der die Anefangsklage in ihrer späteren Entwicklung zu behandeln hatte, sind die Vorarbeiten des Verfassers naturgemäss erheblich weiter vorgeschritten als für den dritten. Hier wäre es vielleicht möglich gewesen, einzelne Theile für die Veröffentlichung fertig zu stellen, allein ein Ganzes liess sich, sollte nicht überhaupt eine selbständige Arbeit unternommen werden, aus dem vorliegenden Material nicht herausarbeiten. Die Frage, ob es bei dieser Sachlage zweckentsprechender sei, auf den zweiten Abschnitt ganz zu verzichten oder einzelne Fragmente aus demselben dem Leser vorzulegen, glaubte der Herausgeber unbedenklich im ersten Sinne beantworten zu müssen. Dass nämlich der Verfasser, wenn er der Ansicht Labands von der rechtlichen Natur der Anefangsklage nach den sächsischen Quellen des späteren Mittelalters zuzustimmen erklärte und andererseits eine von Labands Auffassung durchaus verschiedene für das gemeingermanische Recht in der Zeit der Volksrechte vertrat, dazu gelangen musste, das Verhältniss der beiden Rechtszustände zu einander festzustellen und die Entwicklung des jüngeren aus dem älteren zu erklären, das würde jeder Leser von selbst angenommen haben, auch wenn der Verfasser es in der „Einleitung" nicht ausdrücklich als seine Absicht ausgesprochen hätte. Aber jener Nachweis konnte nur erbracht werden durch eine Darstellung der Geschichte der Anefangsklage in dem ganzen Umfange und dem ganzen Detail ihrer rechtlichen Beziehungen. Der Beweis, dass und wie die eine oder die andere Abweichung des jüngeren sächsischen Anefangsrechtes von dem älteren gemeingermanischen zu erklären sei, hätte die Frage nach dem Ursprung aller übrigen

Differenzen noch immer unbeantwortet gelassen. Hier musste entweder alles gegeben werden oder nichts, und da die erstere Alternative durch die Beschaffenheit des Materials ausgeschlossen war, blieb nur für die zweite Raum.[3])

Der erste Abschnitt nun, welcher demnach allein zur Veröffentlichung gebracht werden konnte, stellt sich durchaus als eine in sich abgeschlossene, selbständige Arbeit dar, deren Gegenstand, wie schon bemerkt, die Untersuchung der „Anefangsklage in ihrer ursprünglichen Bedeutung“ bildet. Dass dieser Abschnitt äuserlich vollständig vorliegt, geht aus einer gelegentlichen, ausdrücklichen Bezeichnung des Paragraphen 19 als „Schlusses des ersten Abschnittes“ hervor (vgl. S. 31 Anm. 4 und Text dazu). Die vorliegende Untersuchung ist aber von Einzelheiten abgesehen (vgl. S. 367 Anm. 8; 394 Anm. 1; 399 Anm. 4), auch in dem Sinne vollständig, dass die vom Verfasser ins Auge gefassten Fragen sämmtlich zur Behandlung gelangt sind. Über die Art, wie dies geschehen, ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken.

Als der Herausgeber die ihm gewordene Aufgabe übernahm, waren die Bogen 1–11 der Schrift fertig gedruckt. Bogen 12—15* (S. 232) waren gesetzt, aber noch zu korrigiren; da dies in Folge äusserer Umstände etwas übereilt geschehen musste, muss der geneigte Leser gebeten werden zu entschuldigen, dass eine Anzahl übrigens leicht zu berichtigender Druckfehler eben hier stehen geblieben ist. Bogen 15*—27 sind dann erst später gedruckt worden. Das Manuskript für sie war aber nicht gleichmässig fertiggestellt, und der Herausgeber konnte sich somit nicht an der Erledigung der den Druck selbst begleitenden Arbeit genügen lassen; er glaubt daher die Grundsätze, nach denen er bei der endgiltigen Gestaltung des zu Publicirenden verfuhr, kurz darlegen zu müssen.

Der leitende Gesichtspunkt zunächst war naturgemäss der, dass möglichst nur vom Verfasser selbst herrührende Ausführungen

[3]) Verweisungen auf den zweiten Abschnitt, welche in manchen Beziehungen über die Absichten des Verfassers Aufschluss gewähren können, finden sich an folgenden Stellen der vorliegenden Abhandlung: S. 8 Anm. 18; S. 29 Abs. 2; S. 33 Anm. 10 a. E.; S. 39 Anm. 29 a. E.; S. 122 Z. 11—13 v. o.; S. 134 Z. 1, 2 v. o.; S. 150 Z. 4—6 v. u.; S. 182 Anm. 12; S. 219 Z. 25—29 v. o.; S. 233 Anm. 28; S. 242 Z. 6—8 v. o.; S. 265 Z. 1—5 v. u.; S. 299 Z.18—20 v. o.; S. 328 Z. 13—15 v. o.

Aufnahme finden sollten. Der Herausgeber zog es daher vor, lieber Einzelnes, was noch nicht druckreif war, wegfallen zu lassen, als irgend eine Ergänzung vorzunehmen, bezüglich deren er nicht mit voller Sicherheit annehmen durfte, dass sie im Sinne des Verfassers sei. Für die Prüfung der Frage, ob dies im Einzelnen der Fall, wurden die gesammten, dem Herausgeber freundlichst zur Verfügung gestellten Vorarbeiten des Verfassers zu Rathe gezogen. Dies geschah insbesondere auch bezüglich zahlreicher in den Noten anzuführender Quellenstellen. Dieselben waren im Manuskript nur selten genannt, da der Verfasser sich in dieser Beziehung auf seine vollständige Herrschaft über das Material und seine Sammlungen verlassen durfte. Aus diesen letzteren wurden denn auch fast alle Belege vom Herausgeber ausgewählt, wobei es natürlich zuweilen vorgekommen sein kann, dass eine Stelle, die der Verfasser berücksichtigt hätte, fortgeblieben, eine andere, die er nicht benutzt hätte, aufgenommen worden ist. Einige Male, wo diese Gefahr besonders nahe lag, sah sich der Herausgeber genöthigt, die Ausfüllung der diesbezüglichen Lücken des Manuskripts zu unterlassen, doch ist dies nirgends geschehen, wo wesentliche Theile der Beweisführung darunter gelitten haben würden.

Da der Herausgeber somit seine Thätigkeit durchaus nur in den Dienst des Verfassers zu stellen bestrebt gewesen ist, glaubte er auch eine besondere Kennzeichnung der von ihm gemachten Zusätze als solcher unterlassen zu sollen. Die wenigen Ausnahmen hiervon (vgl. oben S. VI Z. 14. 15) rechtfertigen sich durch sich selbst, insbesondere konnte die vom Herausgeber ohne Anhalt im Manuskript gegebene Interpretation des Cap. II zur Lex Salica c. 1 (S. 359 ff.), von welcher nur die Hoffnung geäussert werden darf, sie möge im Sinne des Verfassers ausgefallen sein, selbstredend nicht ohne Weiteres auf Rechnung des letzteren gesetzt werden.

Was das Verhältniss der vorliegenden Untersuchung zur bisherigen Literatur der Anefangsklage anbetrifft, so ist zu bemerken, dass die von dem Verfasser hinsichtlich der ursprünglichen Natur der letzteren vertretene Ansicht sich in ihren Grundzügen bereits in einer älteren, ihm entgangenen Abhandlung vertreten findet. Jobbé-Duval stellt in seiner Étude historique sur la revendication des meubles en droit français (Nouvelle revue historique de droit français et étranger 1880 p. 474) ebenfalls

den Satz auf: „Notre action est simplement une forme de l'action de vol" (vgl. auch p. 492 Z. 6 v. u., p. 548 Z. 3 v. o. und sonst) und bemerkt ausdrücklich: „nous ne voyons même pas qu'il soit exact de la qualifier d'action mixte." Allein in der Begründung dieser These gehen die beiden Vertreter derselben so durchaus ihren eigenen Weg, dass die Übereinstimmung in dem Grundgedanken nur die eine Folge haben kann, denselben wahrscheinlicher zu machen. Wie sehr es dessen aber bedarf, lässt gerade die neueste Monographie über „Die Grundelemente der altgermanischen Mobiliarvindication" von E. Hermann (a. u. d. T.: „Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte" herausgegeben von O. Gierke, Heft XX, Breslau 1886) auf das Deutlichste erkennen. Eben Jobbé-Duvals Theorie hat hier (S. 14—18) die schärfste, wenngleich nur eine kurze Zurückweisung erfahren. Auch bei Heusler (Institutionen des deutschen Privatrechts II S. 216. 217), welcher übrigens zu der Frage nach der ursprünglichen Bedeutung der Anefangsklage nicht direkt Stellung nimmt, erscheint die letztere nach den Vorschriften der beiden fränkischen Volksrechte als zwar meist, aber doch nicht nothwendig pönalen Charakters. In der neuesten Darstellung Siegels endlich (Deutsche Rechtsgeschichte § 147) tritt die strafrechtliche Bedeutung der Anefangsklage gegenüber ihrer reipersekutorischen Bedeutung vollständig in den Hintergrund. Das Bedürfniss einer eingehenden Untersuchung, ob dies dem Verhältniss beider Functionen zu einander in der ältesten Zeit entspricht, dürfte unter diesen Umständen nicht in Abrede zu stellen sein. Die Frage, ob dieses Bedürfniss durch die vorliegende Arbeit Befriedigung erfahren hat, zu beantworten, liegt Anderen ob. Hervorgehoben sei hier nur noch, dass, insoweit Verfasser und Herausgeber gemeinsam an diesem Buche thätig waren, dasselbe in einzelnen Punkten gewiss Mängel aufweist, die nur dem Umstande zuzuschreiben sind, dass der Verfasser nicht selbst die letzte Hand an sein Werk anzulegen vermochte. Die Bitte um nachsichtige Beurtheilung desselben dürfte darum wohl in besonderem Maasse auf Berücksichtigung rechnen können.

Breslau, im October 1886.

Max Pappenheim.

Inhaltsverzeichniss.

		Seite
Einleitung.		
§ 1.	Verhältniss zu der herrschenden Ansicht	1
(Erster Abschnitt.)		
	Die Anefangsklage in ihrer ursprünglichen Bedeutung.	
§ 2.	Feststellung des Problems	30
§ 3.	Die Vorbereitung und Einleitung des Verfahrens	44
§ 4.	Die Passivlegitimation des Besitzers der gestohlenen Sache	65
§ 5.	Anefang und handhafte That	78
§ 6.	Das Beweisverfahren.	
	I. Das Princip der Beweisvertheilung	105
§ 7.	(Fortsetzung.)	
	II. Die Beweisfreiheit des Anefangsklägers	122
§ 8.	(Fortsetzung.)	
	III. Die Unzulässigkeit der unsubstantiirten Klageverneinung	144
§ 9.	(Schluss.)	
	IV. Die der Anefangsklage gegenüber zulässigen Einreden	151
§ 10.	Der Gewährszug.	
	I. Der strafprocessualische Charakter des Gewährszuges	179
§ 11.	(Fortsetzung.)	
	II. Die Bedeutung der Sache beim Gewährszuge	194
§ 12.	(Schluss.)	
	III. Die einzelnen Bestimmungen über den Gewährszug	218
§ 13.	Der Anspruch auf Herausgabe der Sache.	
	I. Im Allgemeinen	266
§ 14.	(Fortsetzung.)	
	II. Beim Gewährszuge	272
§ 15.	(Fortsetzung.)	
	III. Bei der Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten	316
§ 16.	(Fortsetzung.)	
	IV. Bei der Einrede des Erwerbes durch Erbeutung	342
§ 17.	(Schluss.)	
	V. Bei der Einrede des Erwerbes durch Erbschaft	358
§ 18.	Der Titel der lex Salica über die Spurfolge	363
§ 19.	Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Anefangsklage und Klagensubstantiirung	391
Excurs.	Das bairische Firmationsverfahren	416

Einleitung.

§ 1.

Verhältniss zu der herrschenden Ansicht.

Die von Laband in seinem ausgezeichneten Werke über „die vermögensrechtlichen Klagen nach dem sächsischen Rechte des späteren Mittelalters“ [1]) entwickelte Ansicht über die rechtliche Natur der Anefangsklage hat in der späteren Litteratur [2]) fast allgemeine Zustimmung gefunden; wir knüpfen daher, wenn wir von dieser Darstellung des Anefangsrechts ausgehen, unmittelbar an den gegenwärtigen Stand der von uns zu erörternden Fragen an. Die Ausführungen Laband's der eigenen Untersuchung zu Grunde zu legen, empfiehlt sich für uns aber schon deshalb, weil

[1]) Königsberg i. Pr. 1869. S. 50—154, insbesondere S. 90 ff.

[2]) Vergl. insbesondere Stobbe, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. XI. S. 240 ff. Derselbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. II. S. 1 ff. 611 ff. Bruns, Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts, S. 229. Heusler, Die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe und ihr Motiv im deutschen Recht, S. 6 ff. Derselbe, Gewere, S. 278 ff. 487 ff. Franken, Geschichte des französischen Pfandrechts Bd. I. S. 270 ff. Sohm, Das Recht der Eheschliessung aus dem deutschen und canonischen Rechte, S. 79 Anm. 8. R. Loening, Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen im deutschen Mittelalter. S. 4. Carlin, Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet. Bern-Giessen 1881. S. 44 Anm. 144. — Einzelne zutreffende Einwendungen gegen Laband erhebt Planck in seinem neuesten Werke (Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, Braunschweig 1879, insbes. Bd. I. S. 694 ff. 824 ff.). Nichtsdestoweniger dürfte die Ansicht Laband's auch heute noch in allem Wesentlichen als die herrschende anzusehen sein, da Planck bei seinen Ausführungen über unser Rechtsinstitut resp. über die Klagen um Gut im Allgemeinen bei dem früher von ihm (Zeitschrift für deutsches Recht Bd. X. S. 229 ff. 245 ff.) entwickelten Begriffe des „Behaltens“, über dessen Unrichtigkeit heute wohl Einverständniss herrscht, stehen geblieben ist. Auch die von Planck adoptirte Auffassung der Gewere ist nicht unbedenklich.

seine Resultate auch von uns nur in Einzelnheiten, allerdings solchen von erheblicher Tragweite, in Zweifel gezogen werden sollen, während im Übrigen unsere Aufgabe gerade dahin geht, die von ihm für die Zeit des späteren Mittelalters festgestellten Rechtssätze durch den Nachweis ihrer historischen Entstehung zu motiviren und damit das Verständniss derselben zu vertiefen. Bei diesem Endzwecke unserer Abhandlung ist es aber in erster Linie erforderlich, uns den Rechtszustand, dessen Erklärung versucht wird, in seinen Grundzügen zu vergegenwärtigen.

Die Anefangsklage ist nach Laband eine vermögensrechtliche (bürgerliche) Klage; sie ist von der Diebstahlsklage als einer peinlichen, bei welcher es sich wesentlich um die Bestrafung des Beklagten handelt, specifisch verschieden.[3]) Eine Diebstahlsbeschuldigung ist weder in ihr enthalten, noch liegt darin, dass sich die Diebstahlsbeschuldigung an sie anschliessen kann, ein ihr eigenthümliches Moment. In ihrer Eigenschaft als vermögensrechtliche Klage characterisirt sich die Anefangsklage als eine Art der Klagen um Gut: passiv legitimirt ist daher bei ihr, wie bei allen Klagen dieser Gattung, ausschliesslich der Besitzer der in Anspruch genommenen individuellen Sache. Auch im Uebrigen unterscheide sich, behauptet Laband[4]), die Anefangsklage bezüglich ihrer Substantiirung und ihrer materiellen Voraussetzungen in nichts von der ihr völlig parallel gehenden schlichten Klage um Fahrhabe. Insbesondere sei es irrthümlich, wenn die Zulässigkeit der Anefangsklage auf die Zurückforderung wider Willen verlorener Sachen beschränkt, und andererseits die der schlichten Klage für diesen Fall in Abrede gestellt werde. Beide Klagen haben vielmehr ein völlig gleiches Anwendungsgebiet; beide können daher sowohl dann Platz greifen, wenn der Anspruch auf Herausgabe der Sache jedem, selbst dem dritten Besitzer der letzteren entgegenstehe, als auch dann, wenn bei dem Beklagten eine persönliche Verpflichtung gegen den Kläger vorausgesetzt werde. Wann das Eine oder das Andere der Fall sei, diese Frage sei von der nach der Zulässigkeit des Anefangs durchaus verschieden: sie sei materiellrechtlicher Natur und nach der Regel „Hand muss Hand wahren“ zu entscheiden.

Der Gegensatz, in welchem die Anefangsklage zu der schlichten

[3]) Laband a. a. O. S. 93 ff.

[4]) a. a. O. S. 57. 90 ff.

Klage steht, zeigt sich nach Laband in anderen Momenten. Zunächst in der Form ihrer Erhebung, welche durch die körperliche Berührung der Sache erfolgt, sodann in der Art, auf welche bei ihr der Besitz des Beklagten festgestellt wird. Während die Frage, ob der Beklagte die mit der Klage in Anspruch genommene Sache innehat, bei der schlichten Klage Gegenstand der contradictorischen Verhandlung ist, — Kläger muss eine diesbezügliche Behauptung aufstellen, über welche, falls Beklagter kein Zugeständniss abgiebt, Beweis erhoben wird, — ist ein Streit über die Passivlegitimation des Beklagten in dem Rahmen der Anefangsklage von selbst ausgeschlossen. Denn bereits der Einleitungsact dieses Verfahrens setzt mit Nothwendigkeit voraus, dass Beklagter den Streitgegenstand in seiner Gewahrsam hat. Weiter unterscheiden sich die beiden Formen der Klage um Fahrhabe dadurch, dass bei der Anefangsklage sowohl der Kläger, wie der Beklagte Gefahr laufen, Busse und Gewette zu verwirken, während die schlichte Klage derartige Straffolgen nicht nach sich zieht. Diese Eigenthümlichkeit der Anefangsklage erklärt Laband[5]) durch die Annahme, dass bei ihr „der einfachen Klage auf Herausgabe der Sache gewissermassen accessorisch eine Delictsklage beigemischt sei". Die Anefangsklage enthalte neben dem reipersecutorischen Anspruche die gegen den Beklagten (eventuell dessen letzten Vormann) gerichtete Anschuldigung, „dass er den Besitz der Sache nicht auf ordnungsmässige und rechtschaffene Art erworben, dass er wenigstens durch Unvorsichtigkeit beim Ankaufe oder durch Verbergung des Besitzes dem Kläger die Verfolgung seiner Sache erschwert habe". Wird die Klage abgewiesen, so ist auch diese Behauptung des Klägers widerlegt: der Gegner kann deshalb wegen der gegen ihn erhobenen ungerechtfertigten Anschuldigung die Verurtheilung des Beklagten in Busse und Gewette beantragen. Der Anefangsbeklagte seinerseits wird von den gleichen Nebenstrafen, welche ihn regelmässig treffen, nur unter der Voraussetzung frei, dass er seine Schuldlosigkeit beim Erwerbe und Besitze der Sache darthut, und zwar hat Beklagter diesen Beweis auch dann zu führen, wenn er garnicht in der Lage ist, die Herausgabe der Sache selbst zu verweigern. Der Anefangsklage gegenüber sind also auch solche Einreden zulässig und erheblich, welche lediglich gegen den Anspruch auf Zahlung

[5]) a. a. O. S. 94 ff.

von Busse und Gewette gerichtet sind, die Entscheidung über die Sache aber unberührt lassen.

Soviel über die Sonderstellung der Anefangsklage in dem deutschen Klagensystem. Von den Grundsätzen, welche ihr mit der schlichten Klage gemein sind, sollen hier nur die berührt werden, welche bei der Rückforderung abhandengekommener Sachen eintreten.[6]) Für diesen Fall gilt die dem Satze „Hand muss Hand wahren" entgegengesetzte Regel, welche nach Laband folgendermassen lautet: „an einer dem Besitzer wider seinen Willen entzogenen Mobilie kann Niemand ein dem Bestohlenen etc. gegenüber wirksames Recht erwerben". Die auf Verlust wider Willen (nicht bloss auf Verlust durch Diebstahl oder Raub) gegründete Klage auf Herausgabe geht also gegen jeden Besitzer der solchergestalt abhandengekommenen Sache. Dass diese Klage deshalb noch keine dingliche im Sinne des römischen Rechts sei, hat Laband[7]) unwiderleglich dargethan. Zu ihrer Substantiirung ist niemals die Behauptung eines dinglichen Rechts an der Sache erforderlich; vielmehr genügt die Thatsache des unfreiwilligen Verlustes, um auch den unzweifelhaft nicht dinglich berechtigten Besitzer des Rechtsschutzes gegen den Dritten theilhaftig werden zu lassen. Andererseits zielt auch die Vertheidigung des Beklagten nicht auf den Nachweis eines den klägerischen Anspruch ausschliessenden dinglichen Rechts; denn die der Klage auf Rückgabe abhandengekommenen Gutes gegenüber zulässigen Einreden characterisiren sich als motivirte Verneinungen des Klagefundaments d. h. als positive Behauptungen, welche die Unmöglichkeit des klägerischen Vorgebens, die Sache wider Willen verloren zu haben, darthun sollen.[8])

Gerade in diesen Ausführungen über die juristische Natur der deutschrechtlichen Klage gegen den Dritten liegt unserer Meinung nach die epochemachende Bedeutung der Untersuchungen Laband's, welche speciell für die Theorie der Anefangsklage als durchaus grundlegend bezeichnet werden müssen. Die Anefangsklage gehört nemlich zu denjenigen Instituten des deutschen Rechts, welche in Folge einer oberflächlichen Aehnlichkeit mit römischen

[6]) Laband, a. a. O. S. 106 ff.

[7]) a. a. O. S. 50 ff.

[8]) a. a. O. S. 118 ff.

Rechtsgebilden die wissenschaftliche Forschung für lange Zeit auf falsche Bahnen gelenkt haben. Bei der überwiegenden Macht, welche das römische Recht seit Jahrhunderten in Deutschland besass, und bei dem geringen Verständniss, welches die juristisch gebildete Welt dem alten einheimischen Rechte entgegenbrachte, ist es kein Wunder, wenn solche äusserliche Analogien einseitig hervorgehoben, und demzufolge durchaus selbstständige deutschrechtliche Institute als unvollkommene Spielarten römischer behandelt wurden. Hierauf ist es in erster Linie zurückzuführen, dass die Anefangsklage in der deutschen Rechtswissenschaft von jeher als „vindicatio iuris Germanici", als „deutschrechtliche Mobilienvindication"[9]) figurirt hat. Die romanisirende Richtung hat sich bei ihr aber länger erhalten, als auf anderen Gebieten, und zwar lediglich deshalb, weil keine der römischen Begriffskategorien dem modernen Juristenbewusstsein so tief eingeprägt ist, wie der Eigenthumsbegriff resp. der Begriff der Dinglichkeit im Allgemeinen. Ein Rechtssystem ohne dingliche Klagen erscheint dem romanistisch gebildeten Juristen zunächst als unverständlich und practisch undurchführbar, und es ist daher nur natürlich, dass die Theorie der Anefangsklage selbst noch in der Zeit der bewussten Emancipation der deutschen Privatrechtswissenschaft immer von Neuem auf die römische Lehre von der Vindication zurückgriff und die Aussprüche der deutschen Quellen an dieselbe anzuschliessen suchte. Die Ansichten, welche diesem Bestreben ihre Entstehung verdanken, sind allerdings unter sich sehr verschieden. Entweder begnügte man sich nemlich damit, die Abweichungen des deutschen Rechts von dem römischen durch mehr oder minder gekünstelte Argumentationen zu erklären, um dann zu dem Schlusse zu gelangen, dass das Fundament der Anefangsklage ebenso wie das

9) Diese Bezeichnung der Anefangsklage findet sich fast in sämmtlichen älteren Schriften über unser Rechtsinstitut, selbst in denjenigen, welche sachlich der Vindicationstheorie mehr oder weniger fern stehen. Vergl. die bei Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. II S. 611 Anm. 1 citirte ältere Litteratur, auf welche näher einzugehen bei der sich aus dem Folgenden ergebenden Beschränkung unserer Aufgabe keine Veranlassung vorliegt. Hervorgehoben soll nur noch werden, dass die Bezeichnung der Anefangsklage als einer „Mobilienvindication" auch noch in der neueren an Laband anknüpfenden Litteratur begegnet, eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, welche nicht gebilligt werden kann.

der römischen Vindication, das Eigenthum sei[10]). Oder man führte die Dinglichkeit im germanischen Sinne auf einen von dem römischen Eigenthumsbegriffe abweichenden Begriff zurück, welchen man zu diesem Zwecke construirte. Hierher gehört die Albrecht'sche Theorie von der juristischen Gewere[11]), welche lediglich eine Abstraction aus den für die Verfolgung von Fahrhabe in dritter Hand geltenden Grundsätzen ist[12]) und daher für das Gebiet des Immobiliarrechts, auf welchem sie gerade ihre Probehaltigkeit bewähren musste, nicht verwerthet werden kann. Endlich wurde von einigen Seiten der Versuch gemacht, das Dogma von der dinglichen Natur der Anefangsklage dadurch zu retten, dass man dem römischen Begriffe der „in rem actio“ einen anderen substituirte, unter welchen auch die deutschrechtliche Klage um Gut subsumirt werden kann.[13]) Diesen ver-

[10]) Hierher gehört insbesondere die Theorie von Delbrück, Die dingliche Klage des deutschen Rechts, S. 71 ff. und Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. XIV. S. 241 ff. S. 260 ff.; weiter auch die Ansichten von Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, S. 285 und Sohm, Prozess der Lex Salica S. 56. Die letztgenannten Schriftsteller legen das Schwergewicht darauf, dass die Anefangsklage keine possessorische, sondern eine petitorische Klage ist, und ziehen hieraus den Schluss, dass sie eine wahre rei vindicatio gewesen sei. — Bei genauerer Prüfung wird man Franken a. a. O. S. 312 Anm. 1 darin beipflichten müssen, dass die früher und theilweise auch noch heute herrschende Meinungsverschiedenheit über das Fundament der Anefangsklage auf einen Wortstreit hinausläuft, und dass Ansichten, die scheinbar in directem Widerspruche zu einander stehen nicht nur nicht unvereinbar, sondern fast congruent sind. Denn darüber, dass zur Substantiirung der Anefangsklage lediglich die Behauptung dieblichen resp. unfreiwilligen Verlustes im Allgemeinen erforderlich ist, ist man schon seit langer Zeit einverstanden; hiermit dürfte aber die Controverse, ob die Anefangsklage eine „Vindication“, eine „Klage aus dem besseren Rechte“, eine „petitorische“, „possessorische“ oder „detentorische“ Klage sei, ihre Erledigung gefunden haben.

[11]) Albrecht, Die Gewere als Grundlage des deutschen Sachenrechts, S. 23 ff. 81 ff. Die Ansicht Albrecht's ist heute allgemein aufgegeben. Ueber die ältere Litteratur, welche sich an Albrecht anschliesst, sowie über den gegenwärtigen Stand der Frage vergl. insbesondere Stobbe in Ersch und Gruber's Encyclopädie s. v. „Gewere“ (Bd. 65. S. 428 ff.) und Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. II S. 10 ff.

[12]) Vergl. Heusler, Eigenthumsverfolgung S. 5.

[13]) So erblickt Haenel, Das Beweissystem des Sachsenspiegels, S. 136 bis 138 das characteristische Kennzeichen einer dinglichen Klage darin, „dass dieselbe von dem Beklagten nicht eine Handlung, sondern principaliter

fehlten Bemühungen gegenüber war es eine wissenschaftliche That, wenn Laband[14]) klar und unzweideutig die Ansicht aussprach: das deutsche Recht kennt keine dinglichen Klagen, denn dinglich ist nur die Klage, welche sich als Geltendmachung eines dinglichen Rechtes characterisirt, und ein solches liegt der deutschrechtlichen Klage contra quemcunque possidentem nicht zu Grunde. Der Beweis für die Richtigkeit dieses Satzes ist unserer Meinung nach von Laband in so überzeugender Weise geführt worden, dass wir darauf verzichten können, die abweichenden Auffassungen, welche in der älteren Litteratur vertheidigt worden sind, nochmals zu widerlegen. Wir werden daher im weiteren Verlaufe unserer Darstellung zwar Gelegenheit nehmen, die Klagesubstantiirung, „rem suam esse" resp. „daz iz syn were unde noch syn sye" [15]), sowie die sogenannte Einrede des Eigenthums[16]) kurz zu erörtern, im Uebrigen aber bei der Besprechung der Ausführungen anderer Schriftsteller aus der von ihnen gewählten Bezeichnnng der Anefangsklage als einer „Vindication" oder „dinglichen Klage" nur entnehmen, dass dieselbe von ihnen als bürgerliche Klage um Gut gefasst wird. Es wird sich sogleich zeigen, dass für die Frage, welche den Gegenstand der nachstehenden Untersuchung bildet, nur dieser Punkt von Interesse ist.

Aber nicht bloss mit dem hervorgehobenen Cardinalsatze, sondern auch mit den weiteren oben wiedergegebenen Ausführungen Laband's sind wir, soweit das sächsische Recht des späteren Mittelalters und die Anefangsklage speciell in Betracht kommen, im Wesentlichen einverstanden. Ob freilich die juristische Natur der sächsischen Anefangsbusse von ihm zutreffend characterisirt wird, und ob ferner die Anefangsklage im Sachsenspiegel und Richtsteig Landrechts dem eigentlichen (peinlichen) Diebstahlsverfahren wirklich so fern steht, dass nicht einmal die Möglichkeit, die Diebstahlsbeschuldigung an sie anzuschliessen, ihr eigenthümlich

das Ding, die Sache, will, und dass sie deshalb nur gegen den wirklichen Inhaber der Sache gerichtet wird und werden kann." — Aehnlich Bluntschli, Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. VI. S. 197.

[14]) a. a. O. S. 51.

[15]) Vergl. unten § 19.

[16]) Vergl. unten § 9.

ist, kann billig in Zweifel gezogen werden. Diese Bedenken können uns aber, obgleich wir vom Standpunkte des gemeingermanischen Rechtes aus eine grundverschiedene Auffassung der Anefangsklage vertreten, nicht hindern, anzuerkennen, dass Laband den Inhalt der sächsischen Quellen in durchaus objectiver Art zum Ausdrucke gebracht hat. Nichtsdestoweniger hat seine Darstellung uns das volle Verständniss der Anefangsklage nicht erschlossen. Die Unklarheit, welche seine Ausführungen zurücklassen, ist aber in der Natur des von ihm behandelten Rechtsstoffes begründet, und zwar sind es insbesondere die folgenden Bedenken, welche sich bereits bei oberflächlicher Prüfung des letzteren unwillkürlich aufdrängen.

I. Zunächst fällt es auf, dass diejenigen Grundsätze, welche für die principielle Auffassung der Anefangsklage von entscheidender Bedeutung sind, nicht einmal innerhalb des sächsischen Rechtsgebietes überall in gleicher Weise geregelt sind. Die Quellen lassen vielmehr ausser zahlreichen offenbaren Widersprüchen, welche sich von vorneherein als particularrechtliche Verschiedenheiten characterisiren, auch eine überraschende allgemeine Unsicherheit gerade bei Behandlung der von unserem modernen Standpunkte aus am meisten interessirenden Normen erkennen. So theilt z. B. Laband[17]) selbst mit, dass der Anefangsbeklagte, resp. derjenige seiner Vormänner, welchem Bruch an dem Gewähren wurde, zwar regelmässig in Busse und Wette verfiel, nach vereinzelten Quellenbestimmungen aber unter den gleichen Voraussetzungen von diesen Straffolgen frei blieb. Wir können hinzufügen und werden es später beweisen, dass das Misslingen des Gewährszuges nach einer dritten Version des sächsischen Rechts, insbesondere aber nach aussersächsischen Vorschriften zur Verhängung der peinlichen Diebstahlsstrafe führen konnte, und zwar im Rahmen des Anefangsverfahrens, ohne dass es einer neuen Klageerhebung bedurfte.[18]) Weiter betont Laband[19]) mit grosser Schärfe, dass auch die schlichte Klage zur Zurückforderung wider Willen verlorenen Gutes verwerthet werden konnte, die Richtung gegen den Dritten der Anefangsklage also nicht eigenthümlich war. Nichtsdestoweniger giebt es zahlreiche Quellenzeugnisse, auch

[17]) a. a. O. S. 99 ff.

[18]) Vergl. das Nähere unten im zweiten Abschnitt.

[19]) a. a. O. S. 55. 90 ff.

hier besonders aussersächsische, welche bei unbefangener Interpretation dahin verstanden werden müssen, dass durch die in ihnen ausgesprochene Gestattung resp. Versagung des Anefangs gleichzeitig auch die Rückforderung aus dritter Hand für zulässig erklärt resp. ausgeschlossen werden sollte. Wird es schon hiernach wahrscheinlich, dass zwischen „Anefang" und „Vindicabilität" dennoch ein gewisser Zusammenhang obgewaltet habe, so wird eine solche Vermuthung in noch höherem Grade durch die Bestimmungen nahe gelegt, welche die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Anefangsklage selbst betreffen. Laband[20]) behauptet auch in dieser Beziehung auf Grund von Sachsensp. III, 22 § 3 und Richst. Landr. 16 § 5 den völligen Parallelismus zwischen Anefangs- und schlichter Klage und hält demgemäss erstere auch bei Zurückforderung freiwillig aus Händen gegebener Sachen für anwendbar. Auf der anderen Seite muss er selbst anerkennen, dass particularrechtlich der Anefang nur bei geraubten und gestohlenen Sachen gestattet war, und dass derselbe auch in den übrigen Quellen fast nur in diesen Fällen erwähnt wird. Hierzu kommt aber weiter noch, dass der Richtsteig Landrechts, die einzige Quelle, aus welcher sich mit voller Sicherheit ergiebt, dass jede Klage um fahrende Habe[21]) mit Anefang erhoben werden konnte, keineswegs einen unzweifelhaft feststehenden Rechtssatz wiedergiebt, sondern eine Controverse entscheidet. Vergl.:

> Richtsteig Landr. c. 11 § 4. Wete aver dat itlike secgen, dat anevank an neneme dinge tu rechte gescin moge, wen an deme dat vorstolen odder genomen si. Des is nicht, den en islik mut sic des sinen wol mit rechte unterwinden war her süt.

Die Autorität Johann von Buch's ist nun gewiss so gross, dass man ohne Weiteres voraussetzen kann, eine von ihm vertheidigte Ansicht sei in der Zeit, in welcher, und in dem Rechtsgebiete, für welches er schrieb, die herrschende gewesen. Was die obige Stelle betrifft, so ist ein Zweifel hierüber umsoweniger

20) a. a. O. S. 102 ff.

21) Vorausgesetzt, dass dieselbe sich als Klage um Gut characterisirt. Wie bereits Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 359, hervorgehoben hat, und unten ausführlicher dargethan werden soll, fällt die Klage auf Herausgabe „angeschaffter" Mobilien und Immobilien (Laband a. a. O. 149 ff. S. 235 ff.) nicht unter diese Kategorie.

möglich, als dieselbe sich auf eine Bestimmung des Sachsenspiegels[22]) stützt, und in der That kein Grund ersichtlich ist, die Anefangsklage in der Gestalt, welche sie in dem sächsischen Rechte des späteren Mittelalters einmal angenommen hatte, bei der Zurückforderung anvertrauter Mobilien auszuschliessen. Trotzdem darf die Thatsache, dass in den Quellen selbst auch die entgegengesetzte Auffassung hervortritt und von einigen derselben sogar als geltendes Recht anerkannt wird, nicht ignorirt oder auch nur als nebensächlich behandelt werden. Denn mit der Feststellung der zu einer bestimmten Zeit in einem bestimmten Rechtsgebiete überwiegenden Rechtsanschauungen kann sich die moderne wissenschaftliche Forschung nicht begnügen; ihr Endziel bleibt vielmehr die Ermittelung des gemeingermanischen Grundgedankens der altdeutschen Rechtsinstitute. Und dieses Ziel muss selbst bei bewusster Beschränkung auf einen zeitlich und örtlich begrenzten Quellenkreis im Auge behalten werden, weil im anderen Falle die Gefahr vorliegen würde, besonders scharf hervortretenden particularrechtlichen Eigenthümlichkeiten ein zu grosses Gewicht beizumessen und die in Wahrheit wesentlichen Begriffsmerkmale nicht genügend zu würdigen. Findet sich nun gar, dass innerhalb des der Untersuchung zu Grunde gelegten Particularrechts selbst über eine Frage von der Tragweite der eben berührten Meinungsverschiedenheit herrscht, so scheint eine kritische Nachprüfung des behandelten Rechtsstoffes nach der angegebenen Richtung hin unerlässlich. Denn in diesem Falle spricht von vorneherein die Vermuthung dafür, dass wir einer im Flusse befindlichen Entwicklung gegenüberstehen, deren einzelne Stadien wir nebeneinander vor uns sehen. Ist dieses aber richtig, so ist auch die Möglichkeit gegeben, dass gerade die Minoritätsansicht die gemeingermanische Grundidee vertritt oder derselben wenigstens näher steht, d. h. dass sie in viel höherem Grade, als die allmählich zur Herrschaft gelangte Gegenansicht, geeignet ist, über den Kern des in Frage stehenden Rechtsinstituts Aufschluss zu gewähren. Von diesem Standpunkte aus betrachtet, ist sogar der Umstand, dass die Anefangsklage regelmässig nur bei Verlust durch Diebstahl oder Raub erwähnt wird, von Interesse. Denn die germanische Rechtsbildung geht häufig

[22]) Sachsensp. III, 22 § 3.

genug von einem concreten Falle aus, welcher dann auch bei der erweiterten Anwendung des zunächst für ihn geschaffenen Rechtsverfolgungsmittels der typische bleibt und die characteristischen Merkmale des letzteren am schärfsten und reinsten zur Erscheinung bringt. Mag dieses nun bei der Anefangsklage zutreffen oder nicht, — wir werden uns im weiteren Verlaufe unserer Untersuchung mit dieser Frage eingehender zu beschäftigen haben —, das Verlangen nach einer genetischen Behandlung des sächsischen Anefangsrechtes wird bereits durch die oben citirte Stelle des Richtsteig Landrechts gerechtfertigt. Und in der That lehrt denn auch, wie schon hier angedeutet werden mag, die Vergleichung der älteren, sowie einer grossen Zahl von späteren Quellen aus anderen Rechtsgebieten, dass sich die Anefangsklage gerade in dem sächsischen Rechte am weitesten von ihrer ursprünglichen Gestalt entfernt hat. Es erscheint fast unmöglich, den Zusammenhang, welcher zwischen dem alten Intertiationsverfahren und diesem neuen Rechtsgebilde besteht, in allen Einzelnheiten nachzuweisen. Und doch muss wenigstens der Versuch gemacht werden; denn nur auf diesem Wege lässt sich Klarheit auch bezüglich derjenigen Fragen erzielen, für welche Laband eine befriedigende Lösung nicht gefunden hat und nicht finden konnte, weil er theilweise ziemlich einseitig auf dem Standpunkte des Sachsenspiegelrechts stehen geblieben ist.

II. Das soeben angeregte Bedenken, ob es überhaupt möglich sei, auf Grund der sächsischen Quellen des späteren Mittelalters das Princip, welches die Anefangsklage beherrscht, in seiner ursprünglichen Reinheit zu erkennen, beruht aber nicht bloss auf solchen allgemeinen Erwägungen. Vielmehr ist es eine ganz specielle Frage, welche gerade durch die von Laband gewonnenen Resultate in den Vordergrund gedrängt wird, und für welche wir sowohl bei ihm, wie auch in den von ihm benutzten Rechtsdenkmälern vergeblich nach Antwort suchen. Solange man nemlich an der Annahme festhielt, dass die materiellen Voraussetzungen der Anefangsklage und der schlichten Klage verschiedenartige seien oder sich wenigstens nicht deckten, war das Nebeneinanderbestehen beider Klagen begreiflich. Acceptirt man aber die von Laband aufgestellte Ansicht von dem völligen Parallelismus der gedachten Rechtsinstitute, so muss man auch die Frage aufwerfen, welcher Grund denn eigentlich für die Gewährung zweier dem gleichen Zwecke dienenden und mit einander concurrirenden

Mobiliarklagen vorlag, und auf welche von ihren Eigenthümlichkeiten speciell die Anefangsklage ihre Berechtigung zur Sonderexistenz gründete. Als feststehend kann hierbei angesehen werden, dass das augenfälligste Merkmal der Anefangsklage, ihre Einleitungsform, eine ausreichende Erklärung nach dieser Richtung hin nicht bietet. Denn einerseits herrscht heute wohl Einverständniss[23]) darüber, dass der Anefang grundsätzlich kein Arrest ist, sondern nur aus thatsächlichen Gründen wie ein solcher wirkt resp. mit einer Beschlagnahme verbunden ist, und andererseits kann der Besitz des Beklagten an der von dem Kläger in Anspruch genommenen Sache auch bei der schlichten Klage durch leibliche Beweisung dargethan werden.[24]) Für das Anefangsverfahren characteristisch sind daher, wie Laband[25]) mit vollem Rechte annimmt, nur die strafrechtlichen Folgen, welche dasselbe unter gewissen Voraussetzungen für die eine oder die andere Partei nach sich zieht; in ihnen haben wir also den Schlüssel zur Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage zu suchen. Ist nun aber jener „der einfachen Klage auf Herausgabe der Sache gewissermassen accessorisch beigemischte Delictsanspruch“ wirklich geeignet, uns das Verständniss der Anefangsklage als eines selbstständigen neben der schlichten Klage in Uebung befindlichen Rechtsinstituts zu eröffnen? Oder liegt nicht vielmehr in ihm gerade die grösste Schwierigkeit, welche sich der wissenschaftlichen Erkenntniss des sächsischen Anefangsrechtes entgegenstellt? Zunächst ist es schon im höchsten Grade auffallend, dass sich ein Delictsanspruch an eine Klage anschliesst, welche zum mindesten in dem regelmässigen Falle ihrer Anwendung gegen jeden, auch den dritten Besitzer der streitigen Sache angestellt werden kann; denn eine gegen den Dritten gerichtete Klage scheint strafrechtliche Beimischungen am allerwenigsten zu vertragen. Weiter ist die in dem Anefang enthaltene Anschuldigung so verschwommen, dass auch nicht eine einzige Stelle

[23]) Vergl. Laband a. a. O. S. 104. Sohm, Process, S. 69. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 838 („Fortan ist daher der Anefang in seiner neuen erweiterten Bedeutung eine arrestatorische Massregel“); ebenda Bd. II. S. 370. Die entgegengesetzte Ansicht vertraten insbesondere Weiske, Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. XIV. S. 135. v. Meibom, Pfandrecht, S. 147. Das Nähere hierüber unten § 3.

[24]) Vergl. Richtst. Landr. 11 § 3.

[52]) a. a. O. S. 94.

der sächsischen Rechtsbücher mit Sicherheit erkennen lässt, was dem Beklagten eigentlich zur Last gelegt wird. Und wegen dieses völlig in der Luft schwebenden Vorwurfes wird nun ein so grosser Apparat in Bewegung gesetzt, dass der Anefangsbeklagte, welcher seine Verpflichtung zur Herausgabe der Sache zugestehen muss und sich lediglich von Busse und Gewette befreien will, einen unter Umständen sehr verwickelten Beweis antreten kann, der für die Entscheidung in der Hauptsache absolut unerheblich ist. Ebenso unklar, wie der Inhalt der Anschuldigung, ist endlich auch der Character der sächsischen Anefangsbusse, welche bald als Strafe, und zwar als einzige Strafe des sogenannten „dieblichen Behaltens" fungirt[26], in anderen Fällen dagegen (wenn es sich nemlich um gestohlene oder geraubte Sachen handelt) lediglich die von dem Beklagten begangene „Unredlichkeit oder Unvorsichtigkeit beim Erwerbe oder Besitze der Sache" sühnt. Diese Bestimmungen des sächsischen Rechtes sind wahrscheinlich nicht so durchsichtig, dass man sich bei ihnen beruhigen und den accessorischen Delictsanspruch durch sie für genügend erklärt erachten könnte. Ein einfaches Rechtsleben producirt kein solches Zwittergebilde, wie es die Anefangsklage nach der herrschenden Ansicht sein würde, und es muss daher von vorneherein Misstrauen erregen, wenn die angebliche „Duplicität" unseres Rechtsinstitutes in der neueren Litteratur sogar mit besonderem Nachdrucke betont und als Ausgangspunkt für die juristische Construction desselben verwerthet wird.

Diese Erwägungen bestärken uns also in unserer oben ausgesprochenen Ueberzeugung, dass die Anefangsklage, wie sie sich im sächsischen Rechte des späteren Mittelalters darstellt, bereits das Resultat einer historischen Entwicklung ist, welche ihre ursprüngliche Gestalt mehr und mehr verändert hat. Die einfache und einheitliche Grundform der Anefangsklage, deren Existenz wir hiernach vermuthen, aufzufinden und gleichzeitig die Motive und den Verlauf ihrer späteren Umbildung darzulegen, ist nun der Zweck der vorliegenden Abhandlung. Die Lösung dieser Aufgabe ist aber selbstverständlich nur bei Heranziehung der ältesten germanischen Rechtsdenk-

[26]) Vergl. Cropp, Der Diebstahl nach dem älteren Rechte der Freien Städte Hamburg, Bremen und Lübeck in: Hudtwalker's und Trummer's Criminalistischen Beiträgen, Bd. II. S. 3 ff. 233 ff., insbes. 352 ff.

mäler, welche zwar nicht gerade zahlreiche, aber doch höchst characteristische Bestimmungen über unser Rechtsinstitut enthalten, möglich.

Um sofort jeden Zweifel darüber auszuschliessen, welche Auffassung der Anefangsklage wir von unserem Standpunkte aus für die richtige halten, mag das Ergebniss der nachstehenden Untersuchung bereits an dieser Stelle skizzirt werden. Unserer Ansicht nach hat es eine Zeit gegeben, in welcher der strafrechtliche Bestandtheil der Anefangsklage nicht ein blosses Accessorium des Anspruches auf die Herausgabe der Sache war, in welcher vielmehr gerade das umgekehrte Verhältniss stattfand. Die Anefangsklage war nemlich auf der ältesten Stufe ihrer Entwicklung eine Strafklage[27]); ihr wesentlicher Zweck war die Ermittelung, Ueberführung und strafrechtliche Verurtheilung einer Person, welche sich eines in bestimmter Art qualificirten Bruchs der Rechtsordnung, insbesondere eines Diebstahls, schuldig gemacht hatte. Allerdings war sie auch schon in dieser Zeit gleichzeitig auf die Herausgabe einer individuellen Sache gerichtet; aber hierin lag keine Abnormität, sondern eine Eigenschaft, welche sie mit einer ganzen Klagengattung gemein hatte. Denn bei jeder Klage aus einem Delict, welches eine Vermögensbeschädigung zur Folge gehabt hatte, z. B. bei der gewöhnlichen Diebstahlsklage, wurde im Falle der Verurtheilung des Beklagten ausser der Strafe, welche ihn traf, auch seine Verpflichtung zur Schadloshaltung des Klägers ausgesprochen[28]). Die Entscheidung

[27]) Wir wählen absichtlich diese Bezeichnung und nicht den Ausdruck „Delictsklage“, um die Verschiedenheit unserer Ansicht von der Cropp-Gerber'schen Theorie mit voller Schärfe zum Ausdrucke zu bringen. Dass man trotz des für das altgermanische Recht characteristischen Mangels einer scharfen Trennung zwischen Civil- und Criminalprocess von „Strafklagen“ sprechen kann und nicht auf den alterthümlichen Ausdruck „Ungerichtsklagen“ zurückzugreifen braucht, erkennt auch R. Loening, Reinigungseid, S. 4 an.

[28]) Es dürfte überflüssig sein, zum Beweise dieses Satzes die zahlreichen Bestimmungen der Volksrechte aufzuführen, in welchen angeordnet wird: „—sol. (Busse) culpabilis iudicetur excepto capitale et delatura“. Sogar bei dem Verfahren auf handhafter That, welches im eminenten Sinne als ein peinliches bezeichnet zu werden verdient, findet eine Entscheidung über die civilrechtlichen Folgen des Delicts statt. Vergl. z. B. Lex Ribuar. (Sohm) c. 79. Schwabensp. (Gengler) c. 209 § 7. Freiberger Stadtr. c. 19 in fin. c. 20 in fin. (Schott. Sammlungen zu den Deutschen Land- und Stadtrechten. Bd. III S. 210. 213.).

über den Ersatzanspruch des Verletzten einem besonderen Verfahren vorzubehalten, lag dem altgermanischen Rechte ebenso fern, wie eine scharfe Trennung von Civil- und Criminalprocess im Allgemeinen. Auch darin, dass die Anefangsklage stets [29]) zur Wiedererlangung der Sache selbst führte, kann nur insofern eine Eigenthümlichkeit [30]) gefunden werden, als bei ihr das Vorhandensein des Streitgegenstandes in natura bereits aus processualischen Gründen, nemlich in Rücksicht auf die Form ihrer Erhebung, vorausgesetzt wurde. — Die Anefangsklage ist aber nicht bloss am Ausgangspunkte ihrer Entwicklung eine Strafklage gewesen: sie ist dieses auch in späterer Zeit geblieben, und zwar nach einem Theile der Quellen in unverändertem Sinne, nach den übrigen mit der Modification, dass sie nunmehr zu einem Vorbereitungsverfahren für die eigentliche peinliche Klage herabgesunken ist. In den letztgedachten Rechtsaufzeichnungen erscheint sie dann gleichzeitig in einer neuen selbstständigen Bedeutung, nemlich als eine zwar mit Delictsansprüchen durchsetzte, aber doch principiell bürgerliche Klage um Gut. Zur Uebernahme dieser Function war die Anefangsklage aber aus einem doppelten Grunde nicht bloss geeignet, sondern gewissermassen prädestinirt. Einmal hatte sie nemlich ihrem Resultate nach von jeher zur Wiedererlangung beweglicher Sachen aus dritter Hand geführt, eine Eigenthümlichkeit, welche in späterer Zeit aus Gründen verschiedener Art mehr und mehr in den Vordergrund trat. Und weiter gewährte das Beweisverfahren, welches sich in ihrem Rahmen ausgebildet hatte, nicht bloss bei der strafrechtlichen Verfolgung eines Delicts, sondern auch bei der civilrechtlichen Verfolgung individueller Sachen ganz besondere Vortheile. Dieses Beweisverfahren ist es denn auch, durch welches die Anefangsklage ihre eminente Bedeutung für die Geschichte des deutschen Klagensystems im Allgemeinen, speciell für die Geschichte der Klagen um Gut erlangt hat.

[29]) Abgesehen von dem Falle, dass die Sache während des Processes untergeht oder abhandenkommt.

[30]) Uebrigens wird ja in zahlreichen Vorschriften der Volksrechte direct angeordnet: „rem reddat et — sol. conponat". Weiter verpflichtet nach der herrschenden Ansicht auch die Verurtheilung zur Zahlung des capitale principaliter zur Naturalrestitution.

Das sind im Wesentlichen die Sätze, für welche den quellenmässigen Nachweis zu erbringen, in dem Folgenden versucht werden wird. Zunächst soll uns jedoch ein Blick, den wir auf die Litteratur werfen, darüber Aufschluss geben, wie weit der Weg, den wir bei unserer Untersuchung einzuschlagen haben, bereits durch die Forschungen anderer Schriftsteller geebenet worden ist.

Man möge unsere Auffassung der Anefangsklage als einer Strafklage nicht mit der Cropp-Gerber'schen Delictstheorie[31]), welcher sie auf den ersten Blick am nächsten zu stehen scheint, identificiren. Darin treffen wir mit Cropp und v. Gerber allerdings zusammen, dass auch wir zur Substantiirung der Anefangsklage die Behauptung eines Delicts für erforderlich ansehen. Die Consequenzen, welche Cropp und v. Gerber hieraus ziehen, weichen aber von denjenigen, welche wir für die richtigen halten, so weit ab, dass die soeben hervorgehobene Uebereinstimmung in Wahrheit nur eine äusserliche ist. Beide Gelehrte[32]) gehen nemlich von der Annahme aus, dass die „Vindicabilität" von Mobilien im altgermanischen Rechte davon abhängig gewesen sei, ob sich die in dritter Hand befindliche Sache als eine *„düve"* (res furtiva) resp. *„rove"* qualificirte, ein vitium, welches an solchen Sachen haftete, die dem Berechtigten durch eine strafbare Handlung, nemlich Diebstahl, Raub oder diebliches Behalten, entzogen worden waren. Die gegen den Dritten gerichtete Klage des deutschen Rechts — und als solche erscheint bei Cropp und v. Gerber ausschliesslich die Anefangsklage — konnte also nach der Ansicht dieser Gelehrten nur dann angestellt werden, wenn eines der genannten Delicte an der streitigen Sache begangen worden war, während überall, wo diese Voraussetzung nicht zutraf, nur eine persönliche Klage Platz griff. Den civilen Character unseres Rechtsinstituts ziehen Cropp und v. Gerber dagegen garnicht in Zweifel: Cropp[33]) bezeichnet die Anefangsklage vielmehr ausdrücklich als „eine privatrechtliche Folge des Dieb-

31) Vergl. die oben S. 13 Anm. 26 citirte Abhandlung Cropp's über den Diebstahl, sowie den Aufsatz von Gerber über: „Die Gewere" in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Neue Folge, Bd. XI. S. 1 ff. und Desselben System des deutschen Privatrechts. XIV. Aufl. S. 271 ff.

32) Cropp, a. a. O. S. 61 ff. 282 ff. — Gerber, Zeitschrift S. 27 ff.

33) a. a. O. S. 282.

stahls", als eine „Vindication", während sie nach v. Gerber zwar „im Wesentlichen auf der Annahme eines Delicts und nicht auf dem Eigenthum beruht"[34]), immerhin aber „die Verfolgung der durch den Diebstahl geschehenen Vermögensverletzung bezweckt", eine „Vindication" ist.[35]) Die Cropp-Gerber'sche Theorie zielt also lediglich auf die Erklärung der materiellen Voraussetzungen der Anefangsklage und auf die Motivirung des Satzes „Hand muss Hand wahren". Dementsprechend gipfelt sie in dem Schlusse, dass die Verfolgung verliehener Sachen in dritter Hand im altgermanischen Rechte ausgeschlossen werden musste, weil an diesen kein diebliches Behalten begangen werden konnte.

Abweichend von dieser Ansicht legt nun, wie bereits bemerkt, die unsrige das Schwergewicht darauf, dass die Anefangsklage ihrem begrifflich wesentlichen Zwecke nach zur strafrechtlichen Verfolgung eines Delicts gedient habe. Die von Cropp und v. Gerber erörterten materiellrechtlichen Fragen haben demgemäss für uns zunächst nur ein mittelbares Interesse. Nichtsdestoweniger sind dieselben so eng mit dem Gegenstande unserer Untersuchung verknüpft, dass es unmöglich ist, sie völlig auszuscheiden, während sie auf der anderen Seite, dem Hauptzwecke der vorliegenden ersten Abtheilung unserer Studien entsprechend, nur soweit in Betracht gezogen werden können, als dieses zum Nachweise des strafprocessualischen Characters der Anefangsklage unbedingt erforderlich ist. Gerade diese beiläufige Behandlung des Rechtssatzes von der Vindicabilität wider Willen verlorener Sachen wird aber zu einer Erklärung desselben führen, welche Cropp und v. Gerber deshalb entgangen ist, weil sie bei ihrer sogenannten Delictstheorie auf dem halben Wege stehen geblieben sind. Mit Recht hat bereits Franken[36]) darauf hingewiesen, dass

[34]) Privatrecht S. 271.

[35]) Zeitschrift S. 30 ff. „Die rein privatrechtliche Vindication tritt hinter eine mit Delictsansprüchen versehene Forderung zurück".

[36]) a. a. O. S. 298. — Franken fährt dann fort: „Um die Stellung der Nachmänner des Diebes zu erklären, muss also ein objectives, absolut gegen Alle wirkendes Moment gefunden werden. Etwa eine gesetzliche Präsumption dahin: wer eine gestohlene Sache in der Hand hat, ist der Dieb. Oder — analog der römischen Usucapionstheorie — die Furtivität nimmt für jeden Dritten der Sache die Eigenthumsfähigkeit". Diese Argumentation beruht zwar offenbar auf einer petitio principii; nichtsdestoweniger gelangt in ihr ein richtiger Gedanke zum Ausdrucke. Vergl. das Nähere hierüber unten § 5.

in der Delictsnatur des Diebstahls der Grund für die unbeschränkte Verfolgbarkeit gestohlenen Gutes nicht liegen könne: „denn die Nachmänner des Diebes haben nicht gestohlen". Und in der That ist es, wenn man nicht etwa auf die Analogie der römischen actio quod metus causa verweisen will[36a]), völlig unverständlich, wie gerade das Delict im altgermanischen Rechte die Grundlage für die „dingliche" Richtung des Anspruchs auf Rückgabe beweglicher Sachen bilden konnte. Müsste man doch im Gegentheil erwarten, dass aus einem Verbrechen, wie dem Diebstahl, nur höchstpersönliche Klagen gegen den Hauptthäter und seine Gehülfen nasciren. Dieser Punkt ist von Cropp garnicht berührt, von Gerber[37]) dagegen durch die Bemerkung erledigt worden, dass man in einer Zeit, in welcher das bewegliche Vermögen des Einzelnen so gering war, dass jedes Stück nach seiner Beschaffenheit und der Geschichte seiner Erwerbung bekannt sein musste, und daher auch der spärliche Zuwachs sorgfältig überwacht werden konnte, einen um so höheren Grad von Aufmerksamkeit bei dem Erwerbe fahrender Habe verlangt habe und geneigt gewesen sei, dem ungerechtfertigten Besitz nicht sowohl einen Irrthum, als eine betrügerische und diebliche Absicht unterzulegen. Sicherlich liegt hierin ein richtiger Gedanke, ebenso wie in der Annahme Goldschmidt's[38]), „dass bereits in ältester Zeit die naive nicht minder als die streng juristische Betrachtungsweise gefordert habe, dass entwendetes Gut von Jedermann, unter welchem Titel er es auch besitze, dem Verlierer, sei es dem Eigenthümer oder dem, welcher dem Eigenthümer für dasselbe einzustehen habe, zurückzustellen sei". Derartige allgemeine Erwägungen reichen aber nicht aus, um den Rechtssatz von der Vindicabilität wider Willen verlorener Sachen in der eigenthümlichen Gestaltung zu erklären, in welcher er uns in den Quellen überliefert ist. Vielmehr muss bereits eine oberflächliche Prüfung der einschlägigen Bestimmungen die Ueberzeugung gewähren, dass jenes Princip zum mindesten, was seine Durchführung im Einzelnen betrifft, auf anderen, in Wahrheit „streng juristischen" Grundlagen

[36a]) Als actio in rem scripta characterisiren die Anefangsklage Zoepfl, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. III. S. 195. Laband a. a. O. S. 52. 68 ff. Stobbe, Handbuch Bd. II. S. 615 Anm. 7. 9. Carlin a. a. O. S. 48.

[37]) Zeitschrift a. a. O. S. 27.

[38]) Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. VIII S. 246. 247.

ruhe. Kann die Cropp-Gerber'sche Ansicht aber auch nicht als befriedigend angesehen werden, so ist es auf der anderen Seite noch weniger gerechtfertigt, wenn man sie, wie dieses neuerdings geschieht[39]), als einen überwundenen Standpunkt betrachtet. Widerlegt sind die Behauptungen Cropp's und Gerber's bisher noch keineswegs, und selbst die Ausführungen, durch welche Koestlin[40]) die Cropp'sche Lehre von der Straflosigkeit der Unterschlagung bekämpft, treffen höchstens einige von Cropp für diese Ansicht geltendgemachte Argumente, während sie den Kern derselben unberührt lassen. Jedenfalls verdient die Cropp-Gerber'sche Theorie schon deshalb hervorragende Beachtung, weil sie zuerst auf den inneren Zusammenhang, welcher zwischen einer Reihe anscheinend völlig heterogener Sätze des deutschen Rechts besteht, hingewiesen hat.

Viel näher als diese Ansicht stehen der unsrigen die Ausführungen einiger von denjenigen Schriftstellern, welche bei der Behandlung unseres Rechtsinstituts entweder ausschliesslich oder doch vorzugsweise die ältesten germanischen Rechtsquellen benutzt haben. In der fränkischen Periode führt die Anefangsklage nemlich so unzweifelhaft zur strafrechtlichen Aburtheilung des Diebstahls, dass selbst die principiellen Gegner der Delictstheorie nicht in Abrede stellen konnten, dass die altgermanische Mobiliarklage wenigstens ihrem Resultate nach als Strafklage fungirt habe. Da nun weiter die in dem Anefang liegende An-

[39]) Vergl. insbesondere Heusler, Eigenthumsverfolgung, S. 10. 11. Anm. 7. S. 19. An der letztgedachten Stelle bezeichnet Heusler sogar die Ansicht Sohm's als „eine neue Version der Cropp'schen und Gerber'schen Theorie". — Auch Franken a. a. O. S. 292 Anm. 3 behauptet, „dass diese Klage. (d. h. die Mobilienvindication), was heute auch die Autoren durchweg ablehnen, nicht Delictsklage sei". Nichtsdestoweniger nascirt dieselbe nach Franken a. a. O. S. 290 „processual aus der Detention durch Diebstahl", und steht sogar „im Zusammenhange mit dem (von Franken nicht näher erörterten) criminellen Moment" (ebenda S. 298). — Weiter sprechen sich ausdrücklich gegen die Auffassung der Anefangsklage als einer Delictsklage aus v. Bar, Beweisurtheil, S 154 Anm. 268. Stobbe, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. XI. S. 243. Derselbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. II S. 615 Anm. 9. Carlin a. a. O. S. 46 Anm. 151, nach dessen Ansicht gegen den letzten Auctor nicht die Anefangsklage als solche, sondern die peinliche Klage aus dem Diebstahl geht.

[40]) Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. III. München 1856. S. 212—228, 334—339. Dagegen insbesondere R. Loening, Vertragsbruch Bd. I S. 100 Anm. 5. S. 393 ff.

schuldigung in der Zeit der Volksrechte einen viel zu bestimmten Character hat, als dass sie als ein blosses Accessorium des Anspruchs auf die Herausgabe der Sache behandelt werden könnte, sehen wir gerade in den Schriften, welche auf diesem Quellenkreise ruhen, die Lehre von der Duplicität unseres Rechtsinstituts auf das Schärfste hervortreten. Insbesondere gilt dieses von der geistvollen Darstellung, welche Sohm in seinem „Process der Lex Salica“ [41]) von der „Mobilienvindication“ gegeben hat. Wir werden uns mit der Ansicht Sohm's im weiteren Verlaufe unserer Untersuchung so ausführlich zu beschäftigen haben, dass hier nur unser principielles Verhältniss zu derselben fixirt werden soll.

Sohm geht nemlich von der Grundanschauung aus, dass der Process der Lex Salica auf einer älteren Stufe stehe, als der der übrigen Volksrechte, was sich darin zeige, dass derselbe vorwiegend Zwangs- und nicht Beweisverfahren sei. [42]) Die Lex Salica kenne dementsprechend ein reines Beitreibungsverfahren [43]), welches mit der Aufforderung zur Erfüllung einer privatrechtlichen Verbindlichkeit beginne und ohne contradictorische Verhandlung oder Urtheil auf Grund des von dem Richter ertheilten ‚nexti canthichio“ zur Vollstreckung führe. Diesem „executivischen“ Verfahren stehe der Delictsprocess [44]) gegenüber, bei welchem der Beklagte vor Gericht geladen und zur Antwort auf die Klage, sowie zum Beweise seiner Unschuld zugelassen werde, und bei welchem die Entscheidung durch ein alternativ auf Reinigung oder Strafe lautendes Urtheil erfolge. Das Mittelglied zwischen diesen beiden verschiedenartigen Processgattungen bilde die Mobilienvindication, welche sich entweder (nemlich bei Auffindung der Sache vor Ablauf von 3 Nächten) zu einem executivischen [45]) oder (d. h. nach Ablauf von 3 Nächten) zu einem contradictorischen

[41]) S. 55 ff.

[42]) Vorrede zum Process der Lex Salica p. VII.

[43]) a. a. O. S. 11 ff. Den diesbezüglichen Ausführungen Sohm's tritt Heusler, Eigenthumsverfolgung, S. 14 vollständig, v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 473 ff. mit gewissen Einschränkungen bei. Gegen Sohm vergl. die Abhandlung von J. Behrend: „Zum Process der Lex Salica in den „Festgaben für Heffter“. Berlin 1873. S. 57—89 und R. Loening, Vertragsbruch Bd. I. S. 38 ff.

[44]) a. a. O. S. 121 ff.

[45]) a. a. O. S. 76 ff.

Verfahren[46]) gestalten könne, aber auch in dem letzteren Falle nur eine Beweisaufnahme, dagegen kein Beweisurtheil enthalte. Diese Mischung ihrer Formen sei der Ausdruck ihres materiellen Inhalts: denn sie bringe gleichzeitig einen privatrechtlichen Anspruch, das Recht auf die Herausgabe der Sache, und einen Delictsanspruch, das Recht auf die Diebstahlsbusse, zur Verwirklichung.[47])

Dieser Ansicht Sohm's, welche bei der Beschaffenheit der Quelle, auf die sie sich stützt, an sich nur als eine Hypothese anzusehen ist, und der bereits von anderer Seite[47a]) schwerwiegende Bedenken entgegengehalten worden sind, können auch wir nicht beipflichten. Abgesehen davon nemlich, dass sich die Unrichtigkeit einzelner Behauptungen Sohm's, welche für seine Schlusssetzung wesentlich sind, positiv darthun lässt, hat seine Lehre auch in den Punkten, in welchen eine stricte Widerlegung derselben nicht angänglich ist, sehr wenig Wahrscheinlichkeit für sich. Vielmehr weist der Rechtszustand, welcher uns von den ältesten unzweideutigen Aussprüchen der germanischen Quellen bezeugt wird, auf einen ganz anders gearteten Urzustand hin, als denjenigen, welchen Sohm schildert. So würde das heidnische Gerichtsverfahren, wenn die Darstellung Sohm's richtig wäre, eine schärfere Trennung zwischen Civil- und Criminalprocess gekannt und also auf einer vorgeschritteneren Stufe der Entwicklung gestanden haben, als selbst das Recht des späteren Mittelalters.[48]) Weiter wissen wir, dass der germanische Prozess, wie Behrend[49]) mit Recht hervorhebt, ein Verfahren ist, welches sich durch Urtheile fortbewegt; dieser Thatsache gegenüber ist es aber wohl etwas gewagt, daraus, dass die Titel der Lex Salica „de migrantibus", „de fides factas" und „de rem pristitam" eine contradictorische Verhandlung nicht erwähnen, zu schliessen, dass die richterliche Erlaubniss zur Vollstreckung bei diesen Processgattungen ohne vorgängiges Gehör des Beklagten und ohne eine materielle Entscheidung ertheilt worden

[46]) a. a. O. S. 90 ff.

[47]) a. a. O. S. 11.

[47a]) Vergl. die Anm. 43 citirten Schriften von Behrend und Loening.

[48]) Diesem Bedenken sucht Sohm a. a. O. S. 10 Anm. 3. m. E. vergeblich, zu begegnen.

[49]) a. a. O. S. 67.

sei. Vor allen Dingen ist aber die Voraussetzung, von welcher Sohm ausgeht, dass sich auf Grund des uns zu Gebote stehenden Quellenmaterials ein vollständiges und in sich abgeschlossenes Bild des altsalischen Processes gewinnen lasse[50]), zum mindesten nicht erwiesen; im Gegentheil ist die Existenz anderer Processgattungen neben den von Sohm aufgeführten mit ziemlicher Sicherheit zu vermuthen.[51]) Was endlich speciell die Mobilienvindication betrifft, so erscheint die Annahme Sohm's, dass dieselbe aus einem executivischen Verfahren herausgewachsen sei, solange als ausgeschlossen, als nicht darauf verzichtet wird, die Continuität in der historischen Entwicklung dieses Rechtsinstituts nachzuweisen.

Die vorliegende Abhandlung wird nun die der Lex Salica eigenthümlichen Bestimmungen zwar gleichfalls sehr eingehend behandeln, dieselben jedoch nicht ohne Weiteres als Ueberreste eines älteren Rechtszustandes hinnehmen, sondern jede von ihnen auch nach dieser Richtung hin selbstständig prüfen. Das Resultat, welches sich hierbei ergeben wird, lässt sich dahin präcisiren, dass das altsalische Intertiationsverfahren im Wesentlichen das gleiche ist, wie das der übrigen Volkssrechte, und dass die Besonderheiten desselben wahrscheinlich auf andere Art zu erklären sind, als dieses bei Sohm geschieht. Den Ausgangspunkt für unsere Darstellung bildet übrigens, wie hier noch ausdrücklich hervorgehoben werden mag, diejenige Entwicklungsperiode unseres Rechtsinstituts, mit welcher die sicher beglaubigte historische Wahrheit beginnt, und welche unserer Meinung nach durch die sämmtlichen in Frage kommenden Volksrechten gemeinsamen Bestimmungen repräsentirt wird. Von dieser Zeit werden wir dann an der Hand der in den Quellen (insbesondere in der Lex Salica) enthaltenen Andeutungen in das scharf abzugrenzende Gebiet der Hypothese zurückgehen und die von Sohm angeregten Fragen von unserem Standpunkte aus von Neuem zu beantworten suchen.

Soviel über Sohm. Das Princip der Duplicität des Anefangs-

[50]) Heusler, Eigenthumsverfolgung, S. 12 spricht ausdrücklich die Ansicht aus, dass sich das germanische System der privatrechtlichen Klagen aus der Lex Salica mit ziemlicher Vollständigkeit entnehmen lasse.

[51]) Uebereinstimmend Behrend a. a. O. S. 63, welcher gleichzeitig eine Reihe von privatrechtlichen Streitsachen aufführt, für die bereits das altsalische Rechtsleben genügenden Anlass bot, die aber unter keine der von Sohm allein anerkannten Rubriken untergeordnet werden können.

verfahrens vertritt weiter auch v. Bethmann-Hollweg[52]), welcher von der Ansicht ausgeht, dass die Klageerhebung im altgermanischen Rechte nicht die Geltendmachung eines Rechtes, sondern die Beschwerde über ein formelles Unrecht sei, dessen der Beklagte beschuldigt werde.[53]) Hieraus erkläre sich die jeder Klage beigemischte Delictsnatur, welche sogar der dinglichen Klage des germanischen Rechts anhafte. Denn auch diese sei dem allgemeinen Princip entsprechend auf ein formelles Unrecht (Diebstahl, Raub, Dejection u. s. w.) gegründet.[54]) Demzufolge habe bei dem dinglichen Rechtsstreite der Beklagte sich von jeder Schuld in Beziehung auf die Sache reinigen, und der Unterliegende, der Beklagte wegen seiner Schuld, der Kläger wegen der ungerechtfertigten Anschuldigung, Busse und Wette zahlen müssen. Eine Species dieser Klagengattung sei nun die Anefangsklage, welche sich dadurch auszeichne, dass bei ihr die Schuldfrage mit ganz besonderer Schärfe in den Vordergrund trete.[55]) v. Bethmann-Hollweg ist also, um den dinglichen Character der Anefangsklage zu retten, genöthigt, Diebstahl und Raub für ein formelles Unrecht zu erklären, obgleich dieselben doch zweifellos ein im eminenten Sinne materielles Unrecht, nemlich schwere Verbrechen darstellen. Dieselbe Verlegenheit tritt bei ihm auch darin hervor, dass er die Anefangsklage als „actio quasi ex maleficio“ bezeichnet[56]), obgleich er selbst anerkennt, dass sie „gegen den dritten Besitzer als vermeintlichen Dieb oder Räuber“, „gegen jeden dritten Besitzer, den der Bestohlene im Verdacht hat, dass er der Dieb oder ein Diebesgenosse sein möchte“, gerichtet sei. Diese Aeusserungen beweisen zur Genüge, dass v. Bethmann-Hollweg, wenn er consequent gewesen wäre, unser Rechtsinstitut ebenso wie wir als reine Strafklage hätte behandeln müssen. Dass er diese Folgerung nicht gezogen hat, erklärt sich daraus, dass er die Anefangsklage mit der Immobiliarklage[57])

[52]) Der Civilprocess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Bd. IV. V. Der germanisch-romanische Civilprocess im Mittelalter. Bonn 1868, 1873.

[53]) a. a. O. Bd. IV. § 14. (S. 26).

[54]) a. a. O. Bd. IV. § 8 (insbes. S. 14, 15). § 23. (S. 40).

[55]) a. a. O. Bd. IV. S. 41 ff.

[56]) a. a. O. Bd. IV. S. 15. 42.

[57]) Ueber diese vergl. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O. Bd. IV. S. 15. 53 ff.

zusammenfasste und nur die beiden gemeinsamen Momente bei der Feststellung ihrer rechtlichen Natur zu Grunde legte. Trifft nun seine Theorie bei dem Rechtsstreite um Grundstücke im Wesentlichen zu, so ist es doch, ohne in Widerspruch mit den Quellen zu gerathen, unmöglich, die bei diesem geltenden Grundsätze ohne Weiteres auf die Anefangsklage zu übertragen.[58])

Noch schärfer, als v. Bethmann-Hollweg, betonen die strafrechtliche Bedeutung der Anefangsklage einige ältere Schriftsteller, und zwar zunächst Walter[59]), welcher mit grosser Bestimmtheit hervorhebt, dass bei der Verfolgung beweglicher Sachen im altgermanischen Rechte nicht nach dem dinglichen Gesichtspunkte verfahren worden sei. Er characterisirt unser Rechtsinstitut vielmehr als eine condictio furtiva[60]), bei welcher der Besitzer solange als der Dieb vorausgesetzt wurde, bis er sich von diesem Verdachte reinigte. An anderer Stelle[61]) giebt er sogar zu, dass die Anefangsklage, welche auch bei ihm als principiell bürgerliche Klage figurirt, zur Bestrafung des Diebes (und zwar entweder des ursprünglichen Beklagten oder des letzten Gewährsmannes) mit der Diebesbusse geführt habe. Von besonderem Interesse ist es, dass Walter[62]) den Grundgedanken der Anefangsklage darin erblickt, „dass der dritte Besitzer einer gestohlenen Sache, wenn er sich nicht im bösen Glauben befinde, wenigstens

[58]) Die Theorie von der Duplicität der Anefangsklage vertritt übrigens auch Michelsen, Die Hausmarke, dessen Darstellung hauptsächlich auf nordischen Quellen beruht. Vergl. S. 27: „Sowohl nach nordischen wie nach den deutschen Rechten hat die Verfolgung beweglicher Sachen in dritter Hand, die Klage mit Anefang, eine gemischte Natur, sie ist actio in rem et furti. Denn geht sie auch nicht auf eigentlichen Diebstahl, so doch auf den Vorwurf des dieblichen Behaltens, daher auf die Diebesbusse, falls der Besitzer sich eines Gewährsmannes berühmte und ihn nicht stellen konnte. Sie ist nicht bloss auf Rückgabe der dem Eigenthümer abhanden gekommenen Sache aus dritter Hand, sondern eventuell auch auf Busse und Wette gerichtet."

[59]) Deutsche Rechtsgeschichte. Bonn 1853. § 502—506 (S. 576—582). Walter behandelt die Anefangsklage auch in dem processrechtlichen Theile seiner Rechtsgeschichte unter den civilen Klagen, und zwar im Anschluss an die Klagen um Gut (a. a. O. S. 733 ff.; die peinlichen Klagen werden S. 792 ff. erörtert). S. 734 bemerkt er, die Untersuchung, wer der Dieb sei, sei wesentlich mit in den Streit verflochten gewesen.

[60]) a. a. O. S. 581 Anm. 2.

[61]) a. a. O. S. 577.

[62]) a. a. O. S. 576.

eine Unvorsichtigkeit beim Erwerbe begangen haben müsse, wegen deren er zur Herausgabe der Sache an den Kläger verbunden sei". Dieser Versuch, die dingliche Wirkung der Anefangsklage auf einen persönlichen Rechtsgrund zurückzuführen, ist zwar verfehlt, beweist aber, dass Walter sich auf dem richtigen Wege befunden hat und zu der einheitlichen Auffassung der Anefangsklage nur deshalb nicht gelangt ist, weil er von vornherein voraussetzte, dass „das alte Recht in seiner einfachen Weise auf diesem Gebiete dem ungekünstelten Billigkeitsgefühle gefolgt sei." [63])

Eigenthümlich ist die von Zoepfl[64]) entwickelte Ansicht. Zoepfl behandelt unser Rechtsinstitut an zwei verschiedenen Stellen seiner Rechtsgeschichte, einmal nemlich für die Zeit der Volksrechte unter der Ueberschrift „Vindication", sodann für die Zeit der Rechtsbücher unter der Ueberschrift „Klage mit Anefang". Zoepfl hat nun bei seinen Untersuchungen mehr als irgend ein Anderer süddeutsche Quellen, in welchen die ursprüngliche Bedeutung der Anefangsklage viel weniger verwischt ist, als in dem sächsischen Rechtsgebiete, benutzt. Weiter musste dem gelehrten Kenner der Bambergensis und Carolina der Einfluss, welchen die Anefangsklage auf die Entwicklung des deutschen Criminalprocesses geübt hat, in das Auge fallen. Hieraus erklärt es sich, dass wir bei ihm gerade für die spätere Zeit den Delictscharacter der Anefangsklage, für die Zeit der Volksrechte dagegen den dinglichen Gesichtspunkt hervorgehoben finden. Zoepfl sagt denn auch ausdrücklich, „dass die Vindication beweglicher Sachen schon in der ältesten Zeit nicht rein aus dem Gesichtspunkte des Eigenthums, sondern daneben, ja sogar hauptsächlich aus dem Gesichtspunkte der Entwerung, d. h. der widerrechtlichen Besitzentsetzung durch Raub oder Diebstahl aufgefasst worden sei". [65]) Der kühne Sprung von der „nicht reinen Vindication" zu der „hauptsächlichen Delictsklage", welchen Zoepfl in einem Satze macht, soll hier nicht weiter urgirt werden; aber auch im Laufe der Jahrhunderte hat sich nicht die von Zoepfl angenommene, sondern eher die umgekehrte Entwicklung vollzogen. — Im späteren Mittelalter vertritt nun die Anefangsklage nach Zoepfl insofern die römische rei vindicatio, als sie gegen

[63]) a. a. O. S. 576. 582.

[64]) Deutsche Rechtsgeschichte Bd. III. S. 155—164. 193—206.

[65]) a. a. O. S. 161.

jeden Besitzer einer beweglichen Sache geht; sie ist aber im Uebrigen „eine Art von Diebstahlsklage“ mit einer ähnlichen Erweiterung des persönlichen Klagefundaments, wie sie sich bei der actio quod metus causa findet.[66]) Zoepfl[67]) wirft dann, ebenso wie Walter, die Frage auf, warum der Anefangsbeklagte, der von dem Vorwurfe des Diebstahls persönlich frei blieb, die Sache dem Vindicanten herausgeben musste. Die Antwort liegt seiner Meinung nach in dem an der Sache haftenden Vitium der Furtivität; gleichzeitig[68]) constatirt er aber, dass in einigen Rechten die Neigung obgewaltet habe, den Beklagten, welcher seinen Geweren gestellt hatte, im Besitze der Sache zu belassen. Vom processualischen Standpunkte aus behandelt Zoepfl[69]) die Anefangsklage endlich als ein Verfahren, bei welchem die Voraussetzungen für die Klage auf handhafter That nicht vollständig vorliegen, welches aber unter die gleiche Kategorie falle, wie diese, d. h. Ungerichtsverfahren sei.

Im Anschluss hieran soll noch hervorgehoben werden, dass auch die neueste auf den sächsischen Quellen des späteren Mittelalters ruhende Darstellung unseres Rechtsinstituts die nahen Beziehungen, welche zwischen der Anefangsklage und dem peinlichen Diebstahlsverfahren bestehen, richtig gewürdigt hat. Planck[70]) fasst nemlich die Anefangsklage als ein Vorbereitungsverfahren für die peinliche Klage auf und spricht die Vermuthung aus, dass der Ursprung derselben in ihrem historischen Zusammenhange mit der Klage auf handhafter That zu suchen sei. Letzteres ist zwar nicht völlig correct, ebensowenig wie die weitere Behauptung Planck's[71]), dass der anevang ursprünglich eine die strafrechtliche Verfolgung des Diebes vorbereitende Massregel gewesen sei. Immerhin ist es für uns erfreulich, zu constatiren, dass Planck der von uns vertheidigten Ansicht ziemlich nahe steht und insbesondere auch bei der Erklärung von Sachsensp. I. 15

[66]) a. a. O. S. 195. Ebenda Anm. 5 erklärt Zoepfl ausdrücklich, dass das Fundament der Anefangsklage das Delict sei.

[67]) S. 204.

[68]) Ebenda Anm. 24.

[69]) a. a. O. S. 199 ff.

[70]) Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 824.

[71]) a. a. O., Bd. I. S. 834.

§ 2 die strafrechtliche Bedeutung, welche der beklagtische Besitz im germanischen Rechte gehabt hat, in Betracht zieht.[72]) Leider haben die von Planck in dem Abschnitte über die Klage mit Anefang geäusserten Ansichten, wie bereits oben[73]) bemerkt, auf seine Darstellung der Klagen um Gut einen ziemlich geringen Einfluss geübt.

Endlich fehlt es in der Litteratur auch nicht an solchen Aeusserungen[74]), welche den strafprocessualischen Character der Anefangsklage unumwunden anerkennen, freilich ohne die schwerwiegenden Bedenken, welche dieser Auffassung entgegenstehen, zu beachten. Im Allgemeinen hat man jedoch der von uns betonten Seite unseres Rechtsinstituts schon deshalb nicht genügende Aufmerksamkeit zugewendet, weil die Zugehörigkeit desselben zum System des deutschen Privatrechts schon wegen des Interesses, welches dasselbe für die Erkenntniss unseres modernen Civilrechts hat, als selbstverständlich erschien. Demzufolge behandelte man die Anefangsklage in den zahlreichsten Schriften ausschliesslich vom sachenrechtlichen Gesichtspunkte aus und ging über ihre strafrechtliche Function wie über eine antiquirte Eigenthümlichkeit hinweg. Eine derartige Methode kann aber unmöglich zum Ziele führen. Das beweist z. B. die Darstellung Franken's, welcher „das criminelle Moment" und die „Specialität des Anefangs" völlig bei Seite lässt und sich bei Besprechung des Gewährszuges mit der Feststellung begnügt, „dass derselbe die von ihm gewonnene Auffassung nicht störe".[75]) Gerade diese Punkte, welche Franken ausscheidet, weil sie in den Zusammenhang seines Werks nicht

[72]) a. a. O. Bd. I. S. 837. — Bd. II. S. 155 behauptet Planck allerdings, dass nach Sachsensp. I. 15 § 2 der Besitz einer individuellen Sache nur die Verpflichtung des Beklagten zur Antwort auf die Rückforderungsklage begründet.

[73]) S. 1, Anm. 2.

[74]) So erklärt Wilda, Das Strafrecht der Germanen, S. 902. 903: „Der Anefangsbeklagte musste sich von dem Verdacht des Diebstahls reinigen und über den Besitz rechtfertigen, um die Verfolgung des Diebes dadurch möglich zu machen. — Dahn, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1878, S. 69 bezeichnet die Anefangsklage als eine „Diebsklage", bei welcher das Kriminelle aus Motiven der öffentlichen Sicherheit und des Processes besonders betont worden sei.

[75]) Franken a. a. O. S. 298 Anm. 2. S. 310 Anm. 3. S. 311.

hineinpassen, bilden im Zusammenhange des germanischen Rechtes die Merkmale, welche für die begriffliche Gestaltung der Anefangsklage wesentlich sind, und denen daher auch wir das entscheidende Gewicht beizulegen haben.

Schliesslich noch einige Bemerkungen über die von uns befolgte Methode.

Was zunächst die Quellen, welche unserer Abhandlung zu Grunde liegen, betrifft, so ist Vollständigkeit nur bei Benutzung einerseits der Volksrechte und Capitularien, andererseits der sächsischen Rechtsdenkmäler des späteren Mittelalters angestrebt worden. Vom streng wissenschaftlichen Standpunkte aus betrachtet, beschränkt sich unsere Aufgabe daher auf die historische Begründung des sächsischen Anefangsrechtes. Nichtsdestoweniger sind bei Fragen von principieller Bedeutung auch Citate aus den zahlreichen übrigen von uns verglichenen Quellen mitgetheilt worden, insbesondere aus den angelsächsischen Gesetzen[76]), den süddeutschen und einigen französischen[77]) Rechtsaufzeichnungen. Gegen die Heranziehung dieses Materials wird ein kritisches Bedenken kaum geltend gemacht werden können, da die zuerst erwähnten Quellen zum Beweise unserer Behauptungen auch ohne Zuhülfenahme der letzteren ausreichen dürften. Nur insofern schien es erforderlich, für einen Theil unserer Ausführungen eine etwas breitere Grundlage zu gewinnen, als wir, wie oben dargelegt wurde, zu dem Nachweise verpflichtet sind, dass diejenigen Eigenthümlichkeiten der Anefangsklage, in welchen wir das Princip derselben zu erkennen glauben, nicht bloss particularrechtliche Bedeutung haben. Bemerkt möge noch werden, dass wir auf eine ausgiebigere Benutzung der französischen Quellen nur mit grossem Bedauern verzichtet haben; denn in diesen gelangt die von uns vertheidigte Ansicht mit ganz besonderer Schärfe und Klarheit zum Ausdrucke.

[76]) Schmid, Die Gesetze der Angelsachsen. Leipzig 1858. Die Citate habe ich regelmässig in der Schmid'schen deutschen Uebersetzung mitgetheilt; nur diejenigen Stellen, bei denen es auf den Wortlaut des Originals ankommt, sind auch in der Ursprache resp. nach der lateinischen vetus versio (vergl. Schmid a. a. O. p. XIX) wiedergegeben worden. Das Gleiche gilt von denjenigen Bestimmungen, welche Schmid meiner Meinung nach unrichtig übersetzt hat.

[77]) Die letzteren hauptsächlich nach dem Anhange bei Franken, Französisches Pfandrecht, S. 275 ff.

Der Gegenstand unserer Untersuchung ist bereits oben[78]) präcisirt worden. Behufs Feststellung der juristischen Natur des Anefangsverfahrens werden wir dasselbe nun zwar seinem ganzen Verlaufe nach durchgehen müssen; es ist aber von vorneherein als unzweifelhaft anzusehen, dass die Antwort auf die Frage, ob die Anefangsklage eine Civilklage oder eine Strafklage sei, lediglich durch die Prüfung des Inhalts der Parteibehauptungen, der Beweisführung und der gerichtlichen Entscheidungen gewonnen werden kann. Denn die formal-processualischen Grundsätze des germanischen Gerichtsverfahrens sind ja bei dem Mangel einer scharfen Trennung zwischen Civil- und Criminalprocess[79]) für alle Processgattungen im Wesentlichen die gleichen. In Rücksicht hierauf behalten wir uns vor, über Vorschriften formellen Characters, welche unserer Ueberzeugung nach ohne principielles Interesse sind, mit thunlichster Kürze hinwegzugehen. Das gleiche Verfahren werden wir bei der Erörterung derjenigen Fragen beobachten, bezüglich deren wir mit den Ausführungen Laband's, Planck's oder Sohm's vollkommen einverstanden sind, ohne dieselben durch neues Material ergänzen zu können.

Die Eintheilung unserer Abhandlung endlich ergiebt sich von selbst. Wir werden uns

1. mit der Anefangsklage in ihrer ursprünglichen Bedeutung,
2. mit ihrer weiteren Entwicklung, und endlich
3. zur Sicherstellung unserer Ansicht auch mit ihrem Verhältniss zu den übrigen Klagen um Gut

zu beschäftigen haben. Was die beiden ersten Punkte betrifft, so soll hier noch bemerkt werden, dass eine pedantische Sonderung der Entwicklungsperioden unseres Rechtsinstituts zu unnützen Wiederholungen Anlass geben würde. Dem zweiten Abschnitte wird daher nur dasjenige Material vorbehalten werden, aus welchem sich der Nachweis entweder für die principielle Uebereinstimmung oder für die principielle Verschiedenheit der Ge-

[78]) S. 13.

[79]) Vergl. Siegel, Gerichtsverfahren, S. 58. R. Loening, Reinigungseid, S. 4. Nichtsdestoweniger dürfte es zulässig sein, diejenigen processualischen Vorschriften, welche lediglich dem Zwecke, die Feststellung einer strafbaren Handlung zu ermöglichen, dienen, als strafprocessualische zu bezeichnen.

sammtauffassung der Anefangsklage in dem älteren und in dem späteren Rechte ergiebt. Soweit dieser Gesichtspunkt nicht in Betracht kommt, werden wir thunlichst darauf bedacht sein, in dem ersten Abschnitte auch die dem späteren Mittelalter angehörigen Bestimmungen zu verarbeiten.

Erster Abschnitt.

Die Anefangsklage in ihrer ursprünglichen Bedeutung.

§ 2.

Feststellung des Problems.

Es wird zur Vereinfachung unserer Darstellung des ältesten Anefangsrechtes wesentlich beitragen, wenn wir vorläufig zwei Sätze als richtig unterstellen, an deren nähere Prüfung wir erst später herantreten können. Dieselben lauten:

1. Eine schlichte Klage um Fahrhabe existirt zur Zeit der Volksrechte nicht.
2. Die Anefangsklage greift in dieser Periode nur bei gestohlenen Sachen Platz.

Der erste Satz steht im Einklange mit der herrschenden Ansicht[1]; Spuren einer schlichten Klage finden sich zwar in den Volksrechten, dieselben sind aber offenbar auf eine anomale Entwicklung zurückzuführen.[1a] Der zweite Satz ist dagegen, da sich weitere Anwendungsfälle der Anefangsklage entweder mit Sicherheit nachweisen oder mit grosser Wahrscheinlichkeit vermuthen lassen, zweifellos zu eng.[2] Ist der Fall des Diebstahls aber auch nicht der einzige, in welchem mit Anefang geklagt werden

[1]) Sohm, Process, S. 68. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 48. A. M. anscheinend Walter, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 579.

[1a]) Die schlichte Mobiliarklage der Volksrechte, welche unten (Abschnitt III) näher behandelt werden wird, steht im engsten Zusammenhange mit der Immobiliarklage und kann daher für die Theorie der Anefangsklage nicht in Betracht kommen.

[2]) Vergl. hierüber das Nähere unten § 19.

kann, so ist er doch der regelmässige und typische[3]), auf welchen fast sämmtliche, unser Rechtsinstitut betreffenden Vorschriften der Volksrechte und Capitularien ausschliesslich Bezug nehmen. Wir haben also, wenn wir die nachfolgende Untersuchung zunächst auf die Erörterung dieses Falles beschränken, nicht zu befürchten, dass wir Momente, welche für die Begriffsbestimmung der Anefangsklage wesentlich sind, übersehen. Im Gegentheil vermeiden wir dadurch, dass wir die concret gefassten Entscheidungen der Quellen thunlichst concret wiedergeben, die Gefahr durch Verallgemeinerung derselben etwas in sie hineinzulegen, was ihre Ursprünglichkeit beeinträchtigen und ihren wahren Sinn verdunkeln könnte. Am Schlusse des ersten Abschnittes[4]) werden dann auch die wenigen bis dahin unberücksichtigt gebliebenen Vorschriften, welche nicht von gestohlenen Sachen handeln, besprochen, und die Grenzen, innerhalb deren die Anefangsklage zulässig ist, festgestellt werden. Hier soll nur noch bemerkt werden, dass die Beschränkung der Anefangsklage auf den oben herausgehobenen Fall selbstverständlich kein Erforderniss für die Durchführung unserer Ansicht über dieses Rechtsinstitut bildet. Für uns genügt es vielmehr vollkommen, wenn wir finden werden, dass die Anefangsklage stets auf einem irgendwie gearteten Delict basirt und auf die strafrechtliche Verfolgung eines solchen hinzielt. Dieser Nachweis, zu dem wir allerdings verpflichtet sind, lässt sich aber auf Grund der Rechtsdenkmäler der fränkischen Periode mit Leichtigkeit erbringen.

Hiernach fallen zwei erhebliche Bedenken, welche im sächsischen Rechte des späteren Mittelalters unserer Auffassung der Anefangsklage als einer Strafklage entgegenzutreten schienen, für den ersten Theil unserer Abhandlung vorläufig weg. Eine weitere Verschiedenheit des älteren Rechtes, welcher ein viel grösseres Gewicht beizumessen ist, wird nun in den Quellen mit so vollständiger Sicherheit bezeugt, dass sie bereits am Eingange unserer Untersuchung definitiv festgestellt werden kann. Wie nemlich

[3]) Dass der Fall des Diebstahls den historischen Ausgangspunkt für die Entwicklung der Anefangsklage bildet, wird von der Mehrzahl der Schriftsteller entweder ausdrücklich anerkannt oder wenigstens stillschweigend vorausgesetzt. Vergl. insbesondere Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. VIII. S. 247. Franken a. a. O. S. 290. Planck, Gerichtsverfahren Bd. I. S. 834.

[4]) § 19.

oben[5]) angedeutet wurde, ist das eigentliche (peinliche) Diebstahlsverfahren in dem Sachsenspiegel und Richtsteig Landrechts von dem Anefangsverfahren getrennt: die selbstständigen Straffolgen des letzteren enthalten nicht die Diebstahlsstrafe, und es bedurfte einer neuen Klageerhebung, um dasselbe „peinlich zu machen", d. h. um die Verurtheilung des Beklagten in die peinliche Diebstahlsstrafe zu beantragen. Im Gegensatze hierzu ist nun dem älteren Rechte eine besondere Anefangsbusse unbekannt; den Anefangsbeklagten trifft vielmehr, wenn er überhaupt bussfällig wird, die gewöhnliche Diebstahlsstrafe, und diese wird nicht in einem neuen, selbstständigen Verfahren, sondern in dem Rahmen des Anefangsverfahrens verhängt. Das Anefangsverfahren der fränkischen Periode führt also zur Bestrafung des Diebes wegen des Diebstahls mit der Diebstahlsstrafe.

Dass hierin die grundlegende Verschiedenheit des ältesten Anefangsrechtes von dem Rechte des Sachsenspiegels liegt, wird in der neueren Litteratur fast nirgends mit voller Schärfe hervorgehoben, vielleicht aus dem Grunde, weil die Trennung des bürgerlichen und des peinlichen Verfahrens auch in der späteren Zeit noch nicht überall durchgeführt ist. Andererseits ist die Richtigkeit unser obigen Behauptung kaum jemals in Zweifel gezogen worden.[6]) Nur Sohm[7]) gelangt von seinem oben[8]) skizzirten Standpunkte aus insofern zu einer abweichenden Auffassung, als er für das altsalische Recht die Existenz einer in bestimmter Höhe normirten Anefangsbusse annimmt, welche erst in zweiter Linie als Sühne für den an der intertiirten Sache begangenen Diebstahl in Betracht kommt, principaliter aber aus einem anderen Rechtsgrunde verfällt.

Nach Sohm ist nemlich der Anefang ein Formalact[9]), d. h. eine von jenen dem ältesten Rechte eigenthümlichen, „unter bestimmten Formalitäten vorgenommenen, mit zwingender Wirkung

[5]) S. 2 ff.

[6]) Vergl. insbesondere die oben S. 23 ff. mitgetheilten Aeusserungen aus der Litteratur.

[7]) Process S. 72. 95.

[8]) S. 20 ff.

[9]) Ueber den Formalact im Allgemeinen vergl. Sohm a. a. O. S. 2 ff.

ausgerüsteten Aufforderungen, welche von einer Partei ausgehen und auf Vornahme einer der Rechtsverfolgung mittelbar oder unmittelbar dienenden Handlung gerichtet sind.“ Die zwingende Wirkung eines solchen Formalacts soll sich darin zeigen, dass der Ungehorsam gegen die in ihm enthaltene Aufforderung für den Aufgeforderten eine Busse nach sich zieht, während auf der anderen Seite dem Auffordernden eine gleich hohe Busse für den Fall droht, dass er dieses in seine Hand gelegte Zwangsmittel in formeller oder materieller Beziehung missbräuchlich anwendet. Auch die in dem Anefangsverfahren begegnenden Bussen, welche den Beklagten oder den Kläger unter gewissen Voraussetzungen treffen, beruhen nun nach Sohm auf dem Ungehorsam gegen den Anefang in seiner Eigenschaft als Formalact resp. auf dem Missbrauch desselben; die Busse des Anefangsbeklagten ist aber gleichzeitig die Strafe für das der Klage zu Grunde liegende Delict.

Dieser Ansicht steht zunächst das Bedenken entgegen, dass ihre consequente Durchführung Resultate ergiebt, welche Sohm selbst schwerlich acceptiren würde. Richtet sich nemlich die feierliche Aufforderung des Anefangsklägers, wie Sohm annimmt, unmittelbar[10]) auf Restitution der Sache, so kann eine Anefangsbusse gegen den Beklagten selbstverständlich nicht ausgesprochen werden, wenn er den reipersecutorischen Anspruch des Klägers sofort befriedigt hat; denn in diesem Falle ist er dem Anefang gegenüber gehorsam gewesen. Was geschieht nun aber, wenn der Anefangsbeklagte, welcher sich dem processualischen Zwange

[10]) Hierin liegt nach Sohm a. a. O. S. 69. 70 die Verschiedenheit des altsalischen Rechtes von dem des späteren Mittelalters, nach welchem die an den Besitzer der gestohlenen Sache ergehende Aufforderung alternativ darauf gerichtet ist, entweder die Sache herauszugeben oder mit dem Vindicanten vor Gericht zu kommen. Inwiefern nun die Thatsache, dass derjenige, welcher „enen anevanc dun will enes dinges“, nach dem Sachsenspiegel und Richtsteig Landr. den Besitzer zunächst um freiwillige Restitution der Sache bittet, mit unserer Auffassung der Anefangsklage vereinbar ist, kann vorläufig dahingestellt bleiben, da die Quellen der fränkischen Periode eine ähnliche Bestimmung nicht enthalten. Die Behauptung Sohm's, dass in dem Anefang der Volksrechte eine Aufforderung zur sofortigen aussergerichtlichen Rückgabe der Sache enthalten sei, beruht vielmehr lediglich auf seiner unserer Meinung nach (vergl. unten § 18) irrigen Interpretation von Lex Salic. 37 und der Parallelstellen dieses Titels. — Näheres über Sachsensp. II, 36 § 2 und Richtst. Landr. 17 § 1 wird in dem zweiten Abschnitt der vorliegenden Abhandlung mitgetheilt werden.

gutwillig unterwirft, nicht etwa ein redlicher Drittbesitzer der gestohlenen Sache, sondern der Dieb ist? In Fortsetzung des Sohm'schen Ideenganges würden wir zu dem neuen Rechtsgrundsatze gelangen: der Diebstahl ist straflos, wenn der Dieb die gestohlene Sache dem Eigenthümer auf dessen Aufforderung sofort herausgiebt. Oder sollte Sohm etwa behaupten wollen, dass der Bestohlene gegen denjenigen, welcher dem Anefang Folge geleistet hat, trotzdem noch die gewöhnliche Diebstahlsklage anstellen und mit dieser Zahlung der Diebstahlsbusse verlangen könne? Dann wäre doch die zwingende Wirkung des „Formalacts" gerade dem Diebe gegenüber illusorisch; denn mag Letzterer dem Begehren des Bestohlenen entsprechen oder nicht, in jedem Falle trifft ihn Strafe, in dem einen Falle freilich ausschliesslich, in dem andern nur nebenbei wegen des Diebstahls. Dass das altgermanische Recht eine solche feine Unterscheidung gemacht habe, ist nun aber eben so unwahrscheinlich, wie die Annahme, dass der Dieb unter Umständen straflos geblieben sei, und die juristische Construction der Anefangsbusse bei Sohm im Allgemeinen. Bei dem Schuldbeitreibungsverfahren (d. h. bei dem Verfahren aus der fides facta und der res praestita) wäre es, da hier der Schuldner durch den „Formalact" in Verzug gesetzt wird, allenfalls noch begreiflich, wenn die den Beklagten treffende Busse gleichzeitig als Processbusse und als Strafe des Vertragsbruchs fungiren würde.[11]) Bei einem Delicte, wie dem Diebstahl ist dagegen die Möglichkeit einer solchen accessorischen Ahndung von vorneherein ausgeschlossen; denn die Frage, ob Jemand einen Diebstahl begangen habe, war auch nach altgermanischer Anschauung keineswegs nebensächlicher Natur.

Abgesehen von diesem Zweifelsgrunde kann aber der Ansicht Sohm's schon deshalb nicht beigetreten werden, weil sie der quellenmässigen Unterlage entbehrt.[12]) Sohm geht nemlich zwar von der richtigen Beobachtung aus, dass in dem ältesten germanischen Rechte der Processbetrieb in noch höherem Grade, als in späterer Zeit Sache der Privatparteien war, und dass letztere daher solenne Aufforderungen an den Gegner richten konnten,

[11]) Vergl. hierüber R. Loening, Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen. Bd. I S. 34 ff.

[12]) Vergl. die gegen die Sohm'sche Lehre vom Formalacte gerichteten Ausführungen von R. Loening, Vertragsbruch Bd. I S. 27 ff., denen wir fast durchweg beipflichten können.

welchen derselbe Folge leisten musste. Er legt dieser Thatsache aber eine viel zu grosse materielle Bedeutung bei. Insbesondere ist der von ihm aufgestellte technisch-juristische Begriff des Formalacts nichts Anderes als eine Abstraction aus den bei der mannitio geltenden Grundsätzen[13]), welche für alle übrigen von Sohm behaupteten Anwendungsfälle nicht passt. So erklärt Sohm[14]) z. B. das Binden auf handhafter That für einen Formalact, weil Derjenige, welcher einen Anderen als handhaften Verbrecher gefesselt hat, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung dieser Befugniss vorlagen, bussfällig wird.[15]) Dass aber ein solcher unerlaubter Gewaltact bestraft wird, lässt sich wohl auch ohne Zuhülfenahme der Sohm'schen Theorie erklären, und jedenfalls liegt die zwingende Wirkung des „ligare" nicht in einer Aufforderung an den Gegner, sondern eben in dem Binden. Wenn weiter der „homo migrans"[16]), welcher trotz dreimaliger testatio in seiner Ansiedelung verbleibt, in eine Busse von 30 sol. verfällt[17]), so beruht diese Bestimmung einfach darauf,

[13]) Sohm, Process, S. 126 ff. Vergl. Lex Salic. I „de mannire". — Für die mannitio passt die Sohm'sche Theorie vom Formalacte wenigstens insofern, als erstere in der That eine feierliche, mit zwingender Wirkung ausgerüstete Aufforderung ist, deren Nichtbefolgung für den Mannirten eine Busse von 15 sol. nach sich zieht. Misslich ist es dagegen, die gleich hohe Busse, welche den Mannirenden beim Nichterscheinen in dem gerichtlichen Termine trifft, als Strafe für den Missbrauch der mannitio aufzufassen. Vergl. Loening a. a. O. S. 31.

[14]) Process, S. 134 ff., insbes. S. 136.

[15]) Die Vermuthung Sohm's (a. a. O. S. 136), dass der auf handhafter That ertappte Dieb eine Busse von gleicher Höhe, wie derjenige, welcher einen Anderen unrechtmässig gebunden hat (vergl. Lex Salic. 32 § 1. Lex Ribuar. 42, 1), verwirkt habe, entbehrt jeden quellenmässigen Anhalts. Vielmehr ergeben die Volksrechte mit voller Sicherheit, dass den handhaften Dieb die Todesstrafe traf.

[16]) Lex Salic. 45. Sohm, Process, S. 14 ff.

[17]) Dass der homo migrans nur eine Strafe (in Höhe von 30 sol.) verwirkt, während bei dem Verfahren aus der fides facta und der res praestita für jede testatio je 3 sol. und ausserdem noch 15 sol. verfallen, dürfte sich in einfacher Art daraus erklären, dass eine Zwangsvollstreckung gegen ihn nur dann stattfinden konnte, wenn er bis zum Schlusse des ganzen Verfahrens ungehorsam blieb und von dem Grafen aus seiner Ansiedelung vertrieben wurde. Verliess er vor erfolgter Exmission freiwillig die Mark, so hätte eine Forderung wegen der einzelnen testationes nicht realisirt werden können.

dass jeder Markgenosse berechtigt ist, gegen eine neue Ansiedelung innerhalb der Mark zu protestiren. Der Widerspruch gegen eine solche wird dann durch die „tres testationes" ausgeübt, bei deren Nichtbefolgung die oben angegebene Strafe verwirkt wird, selbstverständlich unter der Voraussetzung, dass die Aufforderung zum Verlassen der Mark eine rechtmässige war[18]). Von einer gleich hohen Strafe, welche dem protestirenden Markgenossen drohte, ist in dem Tit. 45 der Lex Salica nicht die Rede. Dieselbe Lücke weisst auch der Tit. 50 ibid. auf, welcher das Verfahren aus der fides facta behandelt. Mit Recht hat Loening[19]) darauf aufmerksam gemacht, dass die in Capitul. I zur Lex Salica c. 10 (Behrend-Boretius p. 91) mit einer Strafe von 15 sol. bedrohte unrechtmässige, d. h. vor Erlangung des „nexti canthichio" bewirkte Pfändung unmöglich als ein Missbrauch des „Formalactes" der Zahlungsaufforderung angesehen werden kann. Weiter kommt in Betracht, dass der Titel 50 cit. die erste testatio, welche die Busse von 15 sol. nach zieht, nicht einmal ausdrücklich erwähnt und jedenfalls keine solennen Worte für sie vorschreibt, während in dem weiteren Verlaufe der Stelle mehrere solcher Formeln verbotenus wiedergegeben werden. Bei dem Verfahren aus der res praestita[19a]), bei welchem im Uebrigen das Gleiche gilt, steht der Ansicht Sohm's noch folgendes Bedenken entgegen. Ich beziehe nemlich das „sic eum debet admallare" im ersten Satze des Titels 52 nicht auf eine sofortige Ladung des Schuldners, sondern verstehe diese Worte dahin: „er soll ihn folgendermassen vor Gericht bringen". Die demnächst erwähnten drei Zahlungsaufforderungen des Gläubigers erscheinen dann als Mittel zur Vorbereitung des gerichtlichen Termins, welcher nicht wie in dem Titel „de fides factas" am Anfange, sondern am Schlusse des Verfahrens steht.[20]) Dementsprechend wird auch

[18]) Lex Salic. 45, 2 in fin.: „quia legem noluit audire". Vergl. Loening, a. a. O. S. 30.

[19]) a. a. O. S. 31. Vergl. Sohm, Process S. 31 ff.

[19a]) Lex Salic. 52.

[20]) Uebereinstimmend Siegel, Gerichtsverfahren, S. 72. Behrend, Festgaben für Heffter, S. 86 ff. Die entgegengesetzte Ansicht, welche anscheinend von Waitz, Altes Recht der sal. Franken, S. 161. Sohm, Process der Lex Salica, S. 38 ff. v. Bethmann-Hollweg Bd. IV. S. 475 Anm. 10, ganz besonders aber von Loening, Vertragsbruch Bd. I S. 53 ff. vertreten wird, kann nicht gebilligt werden. Mag es auch richtig sein, dass

die Busse von 15 sol. erst in dem letzten Satze der Stelle angeordnet, während vorher nur je 3 sol. für jede einzelne testatio zu der beizutreibenden Forderung hinzutreten. Bei Zugrundelegung dieser Erklärung wäre Sohm aber genöthigt, entweder drei Formalacte anzunehmen, welche zusammen den Rechtsgrund für die Busse von 15 sol. bilden, oder zwischen der dritten testatio und dem gerichtlichen Termine in Verbindung mit der mannitio eine vierte Aufforderung zur Erfüllung zu subintelligiren. Beides wäre mit seiner Theorie schwer vereinbar, da der Act, auf welchen er das ganze Verfahren fundirt, wohl auch den alleinigen Ausgangspunkt desselben bilden müsste. — Dass endlich die Spurfolge und die Haussuchung nicht, wie Sohm[21]) behauptet, Formalacte sind, wird später[22]) nachgewiesen werden.

Diese Andeutungen werden genügen, um unsere Behauptung, dass „Formalacte" im Sinne Sohm's sogar[23]) dem altsalischen Rechte fremd sind, glaubhaft zu machen. Aber selbst wenn die Existenz eines derartigen Rechtsbegriffes nachweisbar wäre, könnte doch der Anefang nicht unter denselben subsumirt werden. Freilich ist der letztere an eine bestimmte Form gebunden, welche eine wesentliche Voraussetzung für seine rechtliche Wirksamkeit bildet; auch liegt in ihm eine Aufforderung an den Gegner, welche aber nicht mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen wird, und über deren Inhalt erst die Prüfung des ganzen Ane-

„sic" in den Quellen in dem Sinne von „postea" begegnet, so bliebe bei Zugrundelegung der von den eben Genannten vorgeschlagenen Interpretation doch unbegreiflich, warum die Lex Salica dem Verfahren aus der res praestita einen besonderen Titel widmet, wenn dasselbe mit dem Verfahren aus der fides facta in allem Wesentlichen identisch ist. Für die m. E. an sich wahrscheinlichere Annahme, dass diese beiden Processgattungen in einem wirklichen Gegensatze zu einander stehen, spricht aber ausser dem Umstande, dass die Busse von 15 sol. erst am Schlusse des Titels 52 erwähnt wird, weiter noch die Vorschrift, dass sich der Schuldner dieser Strafe nicht bloss, wie nach Titel 50 § 2, durch Erfüllung, sondern auch durch Ableistung einer fides facta entziehen kann.

[21]) Process S. 65—67.

[22]) §§ 3 u. 5.

[23]) Sohm bezieht sich nemlich, obgleich er gerade den Gegensatz, in welchem der Process der Lex Salica zu dem der übrigen Volksrechte steht, hervorheben will, zum Beweise für seine Ansicht von der Bedeutung des Formalacts auch auf Bestimmungen anderer Quellen. Vergl. z. B. Process, S. 72. 95. 96.

fangsverfahrens Aufschluss geben kann. Alle weiteren Merkmale eines Formalacts jedoch, insbesondere das Erforderniss gleich hoher Bussen, welche einerseits den Ungehorsam des Beklagten und andererseits einen Missbrauch seitens des Klägers zu ahnden bestimmt sind, treffen bei ihm nicht zu. Was zunächst die dem Kläger drohende Strafe angeht, so wird die in Tit. 37 der Lex Salica angeordnete Busse von 30 sol. nach der Interpretation, welche Sohm[24]) selbst von dieser schwierigen Bestimmung giebt, nur unter der Voraussetzung verwirkt, dass die intertiirte Sache ihrem Besitzer ungesetzlicher Weise gewaltsam weggenommen worden ist. Wollten wir also Sohm beipflichten und diese Busse auf den Anefang in seiner Eigenschaft als Formalact zurückführen, so müssten wir auch hier die rechtswidrige Vornahme der Zwangsvollstreckung als Missbrauch der Aufforderung zur Erfüllung auffassen.[25]) Einer solchen gekünstelten Erklärung bedarf es aber umsoweniger, als sich aus Lex Salic. 61 c. 3 mit voller Deutlichkeit ergiebt, dass die in Tit. 37 angeordnete Busse zum mindesten ihrer Entstehung nach die Strafe des Raubes ist. Und wo haben wir weiter die correlate Busse, welche den Anefangsbeklagten wegen Nichtbefolgung der an ihn ergangenen Aufforderung treffen soll, zu suchen? Nach Sohm[26]) in den Schlussworten des c. 1 Capitul. II zur Lex Salica (Behrend-Boretius p. 93), welche in einer von den beiden Handschriften, in denen diese Bestimmung enthalten ist, folgendermassen lauten:

> si nec istud fecerit, ille qui eas intertiaverit, suo filtorto, et sic postea quod lex inde docet, aput quem eas invenit, sol. 35 culpabilis iudicetur.

Wenn diese Lesart richtig wäre, würde der Anefangsbeklagte, dem seine Vertheidigung misslungen ist, stets zu einer Busse von 35 sol. verurtheilt werden. Letztere könnte dann, da die Bussen von 30 und 35 sol. nach der Versicherung Sohm's öfter mit einander wechseln, mit der in Tit. 37 für den Kläger festgesetzten als gleichwerthig angesehen werden. Die Worte „sol. 35", welche in der zweiten Handschrift fehlen, characterisiren sich nun aber, wie Boretius[27])

[24]) Process S. 76 ff. insbes. S. 90.

[25]) Vergl. R. Loening a. a. O. S. 31.

[26]) Process S. 89.

[27]) a. a. O. S. 93 Anm. 5. Aehnlich bereits v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV S. 487, 488 Anm. 40.

unserer Meinung nach mit Recht annimmt, offenbar als eine dem authentischen Texte später hinzugefügte Glosse. Werden dieselben, wie hiernach erforderlich ist, gestrichen, so enthält das c. 1 cit. bezüglich der den Anefangsbeklagten treffenden Busse nichts weiter, als eine Verweisung auf die Vorschriften der Lex Salica, also zunächst auf den von dem Intertiationsverfahren handelnden Titel 47 „de filtortis". Hier wird nun bestimmt, dass der Beklagte, welcher redlichen Erwerb von einem Dritten und vorschriftsmässige Ladung seines Gewährsmannes nachweist, „exuit se de latrocinio", während der mannirte, aber nicht erschienene Auctor „latro erit illius qui agnoscit". Wenn dann weiter angeordnet wird, der letztere solle „secundum legem conponere", so kann dieses im Zusammenhange mit dem Vorhergehenden nur dahin verstanden werden, dass er als „latro" büssen, d. h. die Diebstahlsbusse entrichten solle. Da diese aber in der Lex Salica nach dem Gegenstande, an welchem der Diebstahl begangen worden ist, verschieden normirt ist[28]), so ist dem altsalischen Rechte eine einheitliche Anefangsbusse von fest bestimmter Höhe überhaupt unbekannt.[29]) Hieraus ergiebt sich dann von selbst, dass dem Anefang das wesentlichste Erforderniss eines Formalacts fehlt, und dass also die diesbezüglichen Ausführungen Sohm's haltlos sind.[30])

Aus dem Tit. 47 der Lex Salica erfahren wir aber nicht

28) Vergl. Wilda. a. a. O. S. 891 ff. Köstlin, a. a. O. S. 72 ff. Cropp a. a. O. S. 308 ff.

29) Uebrigens würde es mit unserer Auffassung der Anefangsklage an sich nicht in Widerspruch stehen, wenn die Quellen eine Anefangsbusse von fest bestimmter Höhe anordnen würden. Abweichend von Cropp a. a. O. S. 406 haben nemlich Wilda a. a. O. S. 882 ff., Köstlin a. a. O. S. 197 ff. und Planck, Gerichtsverfahren Bd. I. S. 776. 793 dargethan, dass die Verschiedenheit des Verfahrens, in welchem Jemand eines ihm zur Last gelegten Verbrechens überwiesen wurde, nach altgermanischem Rechte auch auf die Festsetzung der Strafe Einfluss ausüben konnte. Im zweiten Abschnitt dieser Abhandlung werden weitere Belegstellen für diesen Satz beigebracht werden. Vergl. auch § 5.

30) Die Bestimmungen der übrigen Volksrechte, in welchen Sohm (Process S. 72 Anm. 16) eine Bestätigung seiner Ansicht findet, insbesondere Decret. Tassil. IV c. 13, können erst später besprochen werden (vergl. unten § 5). — Die von ihm citirte Stelle des alamannischen Volksrechtes (Lex Alamann. II, 90.) ist für das Anefangsverfahren offenbar irrelevant („aut similem aut ipsum reddat"); zur Interpretation dieser Bestimmung vergl. Lex Alamann. II, 87.

bloss, dass der sachfällige Anefangsbeklagte resp. Auctor in die Diebstahlsbusse verurtheilt wird, sondern weiter auch, dass er dieselbe als Dieb, d. h. weil er des Diebstahls überwiesen ist, zu zahlen hat.[31]) Das Gleiche ergiebt sich auch aus den übrigen Quellen der fränkischen Periode, welche Vorschriften über das Anefangsverfahren enthalten. So bestimmt das ribuarische Recht:

> Lex Ribuar. c. 33 § 2 in fin. Et tunc ipse de taxaga[32]) (Codd. der Klasse B[33]): de furto) securus sit, et ille, qui interciavit, texaga (B: furtum) et dilatura ad eum requirat, qui solvere coepit. § 3. Quod si auctor rem interciatam recipere rennuerit, tunc illi, super quem interciata est, . . . texaga (B: furtum) solvere studeat[34]).

In dem langobardischen Rechte[35]) beginnt der Eid, mit welchem der Anefangsbeklagte die Einrede, von einem Unbekannten gekauft zu haben, beschwört, mit den Worten: „quod nec fur sit nec collega furoni.“ Dementsprechend trifft Ersteren, falls er den Beweis für diese Einrede nicht erbringt, nach Edict. Liutpr. c. 79 in fin. die Diebstahlsstrafe. Aus dem angelsächsischen Rechte mag endlich folgende characteristische Bestimmung angeführt werden:

> Aethelred's Ges. II, 8 § 2. (Schmid a. a. O. S. 210 211.) Wenn Jemand die Gewährschaft auf einen Todten zieht § 3 (und derselbe) solche Freunde hat, die das zu thun (ihn zu reinigen) wagen, so breche der Gewährszug so gut, wie wenn er am Leben wäre

31) Dieses anscheinend selbstverständliche Moment hervorzuheben, ist einerseits Sohm, andererseits aber auch v. Bethmann-Hollweg (a. a. O. Bd. IV. S. 40.) gegenüber, welcher die Anefangsklage auf ein formelles Unrecht gründet, nothwendig.

32) = 1) furtum 2) compositio furti (cf. Sohm, Lex Ribuaria p. 144 s. h. v.)

33) Vergl. Sohm, Lex Ribuar. p. 17.

34) Auch nach Lex Ribuar. 72, § 1—3, 6, 8 wird der Anefangsbeklagte, welcher seine Vertheidigung nicht vorschriftsmässig führt, zur Diebstahlsbusse verurtheilt. Das in diesem Titel neben dem „furtum“ erwähnte „legis beneficium“ (cf. Sohm, Lex Ribuar. p. 126 s. v. beneficium) erklärt sich bei Vergleichung von Lex Ribuar. 58 § 8. Ueber den rechtlichen Grund der im Falle des Unterganges oder Abhandenkommens der Sache eintretenden Bestrafung vergl. unten § 11.

35) Ed. Rothar. c. 232.

und selbst den Widerspruch erhöbe; es stehe dann als Dieb schuldig, wer es (d. h. die gestohlene Sache) in der Hand hat.

Auf Grund dieser Quellenzeugnisse können wir unsere oben aufgestellte Behauptung, dass das Anefangsverfahren ursprünglich zur Bestrafung des Diebes mit der Diebstahlsstrafe geführt habe, als erwiesen ansehen. Halten wir weiter an der Supposition fest, dass dasselbe zur Zeit der Volksrechte ausschliesslich im Falle des Diebstahls Platz gegriffen habe, so bleibt nur noch ein Bedenken übrig[36]), welches sich unserer Ansicht über die rechtliche Natur der Anefangsklage entgegenstellt — die Richtung der letzteren gegen den Dritten. Dieses Bedenken ist allerdings so schwerwiegend, dass es die Möglichkeit, dass die Anefangsklage jemals eine reine Strafklage gewesen sei, von vorneherein auszuschliessen scheint. Es mag denn auch unumwunden zugegeben werden, dass die von uns bekämpfte Theorie von der Duplicität unseres Rechtsinstitutes als richtig angesehen werden müsste, wenn der Satz, dass gestohlene Sachen in dritter Hand verfolgt werden können, bereits zur Zeit der Volksrechte ein anerkanntes Princip des materiellen Civilrechts gewesen wäre. Denn sobald das objective Recht dem Bestohlenen die privatrechtliche Befugniss ertheilte, die entwendete Sache von jedem Besitzer derselben zurückzufordern, musste es selbstverständlich auch dafür Sorge tragen, dass ein Mittel zur Realisirung dieses „dinglichen“ Rechtes vorhanden war. Da nun in der fränkischen Periode die Anefangsklage die einzige Klage ist, die zur Wiedererlangung einer res furtiva aus der Hand eines Drittbesitzers führt, so erscheint, wenn die obige Voraussetzung zutrifft, auch der Schluss unabweislich, dass die Anefangsklage schon in dieser Zeit grundsätzlich zur Erreichung dieses Zweckes bestimmt und also ihrer ganzen Anlage nach bürgerliche Klage gewesen sei.

In Wahrheit findet sich nun aber in den Volksrechten und Capitularien nicht eine einzige Bestimmung, welche ein civilrechtliches Princip des Inhalts, dass gestohlene Sachen unbeschränkt

[36]) Bereits in der Einleitung (vergl. oben S. 14. 15) ist hervorgehoben worden, dass der mit der Anefangsklage zweifellos verbundene Anspruch auf Herausgabe der Sache mit der Auffassung dieses Rechtsinstituts als einer Strafklage an sich nicht in Widerspruch steht.

verfolgt werden können, aufstellte. Mit Sicherheit steht vielmehr zunächst nur die Thatsache fest, dass der Bestohlene in einer Reihe von concret bestimmten Fällen die entwendete Sache wiedererhält, obgleich dieselbe nicht bei dem Diebe, sondern im Besitze eines Dritten vorgefunden worden ist. Und zwar wird in sämmtlichen hierher gehörigen Quellenstellen entweder ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzt, dass die Entscheidungen, durch welche die „düve" dem Berechtigten zugesprochen wird, im Rahmen des Anefangsverfahrens ergehen. Bei dieser Sachlage bedarf es aber jedenfalls einer näheren Begründung, wenn man die gedachten Einzelvorschriften auf ein einheitliches Princip zurückführen und dieses wieder der rechtlichen Auffassung der Anefangsklage zu Grunde legen will. Die Verweisung auf das Recht des späteren Mittelalters, in welchem der Satz von der „Vindicabilität" wider Willen verlorener Sachen unzweifelhaft seinem ganzen Inhalte nach auf dem Boden des Civilrechts steht, gewährt selbstverständlich an sich nicht die Berechtigung, für die älteste Periode das Gleiche anzunehmen. Ist doch bereits von anderer Seite[37]) die Vermuthung ausgesprochen worden, dass die Rechtsregel „Hand muss Hand wahren" in dem altgermanischen Processrechte wurzele, und dass erst Eicke von Repgow, als er sie in der berühmten Stelle des Sachsenspiegels (II, 60) formulirte, ihr materiellrechtliche Bedeutung verschafft habe. An dem dieser Regel als Gegenstück dienenden Rechtssatze, welcher uns hier beschäftigt, hat man freilich eine gleiche Kritik nicht geübt, weil man irrigerweise[38]) von der Voraussetzung ausging, dass Mobilien grundsätzlich vindicabel seien, und in Folge dessen nur die vermeintliche Ausnahme von diesem Princip d. h. den Satz „Hand muss Hand wahren" zu erklären suchte. Nichtsdestoweniger wird zum Mindesten die Möglichkeit, dass die obengedachten Entscheidungen über den Anspruch auf Herausgabe der Sache auf anderen als auf materiellrechtlichen Gründen

[37]) Vergl. insbesondere v. Bar, Das Beweisurtheil des germanischen Processes, S. 150 ff. Heusler, Eigenthumsverfolgung, S. 11 ff. Gewere S. 489 ff.; weiter auch Gerber, Privatrecht, S. 274, Carlin, Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet. Giessen 1881. S. 51 ff. 92—94.

[38]) Dass hierin der grundsätzliche Irrthum liegt, welcher den grössten Theil der älteren Untersuchungen über das deutsche Mobiliarrecht auf falsche Bahnen gelenkt hat, hebt mit Recht hervor Carlin a. a. O. S. 51 ff.

beruhen, nicht in Abrede gestellt werden können. Allerdings ist der Process, da er lediglich die Form für die Geltendmachung von Rechten darstellt, „das Secundäre", während das materielle Recht „das Primäre" ist.[39]) Er ist jedoch nicht blos der Diener des letzteren; vielmehr haben Beide überall und zu allen Zeiten, insbesondere aber bei einem Volke, wie den Germanen, welches sein Recht fast nur in dem Stadium der Rechtsverwirklichung kannte, in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnisse gestanden. Hiernach könnte es aber garnicht auffallen, wenn wir finden würden, dass eine Rechtsüberzeugung, welche sich bei ihrer Entstehung an eine vorhandene Processform anschloss, allmählich von derselben losgelöst worden sei und den Character eines materiellen Rechtssatzes angenommen habe. Die unbestritten herrschende Ansicht, dass die civile Berechtigung zur unbeschränkten Zurückforderung gestohlener Sachen aus dritter Hand das logische und historische prius, die Anefangsklage dagegen nur das Mittel zur Geltendmachung dieser Befugniss gewesen sei, hat daher zwar die Präsumtion der Richtigkeit für sich; aber auch die umgekehrte Entwicklung, bei welcher das Anefangsverfahren jenen materiellen Rechtssatz erst aus sich heraus geschaffen haben würde, ist denkbar.

Ob diese Möglichkeit der Wirklichkeit entspricht, muss vorläufig dahingestellt bleiben. Darüber aber, dass wir hier an dem Sitze des Problems angelangt sind, welches lösen das wahre Wesen der Anefangsklage erkennen heisst, kann bereits nach dem oben Ausgeführten kein Zweifel obwalten. Und zwar sind es insbesondere folgende Fragen, auf deren Beantwortung wir bei unserer nachstehenden Untersuchung unser Augenmerk zu richten haben werden:

1. Warum kann die Anefangsklage auch gegen den dritten Besitzer der gestohlenen Sache angestellt werden?
2. Warum führt die Anefangsklage zur Wiedererlangung der gestohlenen Sache, auch wenn im Laufe des Verfahrens festgestellt ist, dass der Anefangsbeklagte nicht der Dieb ist?

Dadurch, dass wir diese beiden Fragen von einander trennen, geben wir bereits zu erkennen, dass dieselben unabhängig von

[39]) Vergl. Carlin a. a. O. S. 50. 92—94.

einander beantwortet werden können. Und in der That lässt sich die sogenannte „Passivlegitimation" des Besitzers der in Anspruch genommenen individuellen Sache auch von unserem Standpunkte aus in so einfacher Art begründen, dass wir diesen Punkt bereits in § 4 aufklären und dann das Schwergewicht unserer Untersuchung auf die zweite oben aufgeworfene Frage verlegen können. Zunächst sollen jedoch die formal-processualischen Bestimmungen über die Vorbereitung und Einleitung des Anefangsverfahrens in Kürze erörtert werden.

§ 3.

Die Vorbereitung und Einleitung des Verfahrens.

Ein grosser Theil der in den ältesten germanischen Quellen enthaltenen Bestimmungen über das Anefangsverfahren geht von der thatsächlichen Voraussetzung aus, dass der Anefangskläger die ihm durch Diebstahl entzogene Sache nicht zufällig, sondern in Folge einer von ihm angestellten Nachsuchung im Besitze des Beklagten vorgefunden hat. Die Erhebung des Anefangs wird also regelmässig[1]) durch ein Ermittlungsverfahren vorbereitet, welches zwar aussergerichtlich verläuft, das aber doch in verschiedenen Punkten durch positive gesetzliche Vorschriften geregelt ist. Die Quellen characterisiren dieses Verfahren als „Spurfolge"[2]), natürlich deshalb, weil die von dem Diebe resp. von

[1]) Eine nothwendige Voraussetzung für die Erhebung des Anefangs ist die Spurfolge natürlich nicht, und kann man dieselbe daher nicht mit Sohm, Process, S. 65 als den „Einleitungsact der deutschen Vindication" bezeichnen. — S. 68 unterscheidet Sohm übrigens völlig richtig zwischen Vorbereitung und Beginn des Anefangsverfahrens.

[2]) Vestigium sequi, vestigium minare, vestigia adsignata minare, latrones persequi. — Darüber, dass die in Decret. Tassil. de popul. leg. c. 6 (Monum. Germ. hist. leg. III. p. 465) erwähnten „stapsaken" sich nicht, wie Merkel (Monum. l. c. not. 19) annimmt, auf die Spurfolge beziehen, vergl. Siegel, Gerichtsverfahren, 119 ff. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 26 Anm. 6. — Ueber die Spurfolge im Allgemeinen vergl. Sohm, Process, S. 65 ff. Siegel, Gerichtsverfahren, S. 42 ff. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 480. Cropp a. a. O. S. 359. Wilda a. a. O. S. 903 ff.

dem gestohlenen Sclaven oder Thiere[3]) zurückgelassenen Spuren die Richtung für die Verfolgung der Sache und ihres gegenwärtigen Inhabers angaben.

Nach dem ältesten Rechte lag es dem Verletzten selbst ob, sich auf die Spurfolge zu begeben und die gestohlene Sache zu suchen. Er wurde hierbei von seinen Nachbarn oder anderen Gemeindegenossen, die er von dem begangenen Diebstahl in Kenntniss setzen und zur Hülfeleistung auffordern musste, unterstützt. Einem solchen Rufe Folge zu leisten, galt nach der damaligen Anschauung nicht bloss als eine moralische, sondern als eine rechtliche Verbindlichkeit, deren Nichterfüllung Strafe nach sich zog.[4]) Um den Bestohlenen bildete sich also eine Schaar (trustis), welche ihn auf der Spurfolge begleitete und insofern einen besonderen Rechtsschutz genoss, als jeder Widerstand oder thätliche Angriff gegen dieselbe mit einer verhältnissmässig hohen Busse bedroht war.

> Capitul. I. zur Lex Salica c. 1. (Behrend-Boretius p. 89). De mitio fristatito. Si quis truste dum vestigio minant detenere aut battere praesumpserit, MMC dinarios qui faciunt solidos LXIII culpabilis iudicetur.

In späterer Zeit wurde diese trustis bei einzelnen Stämmen organisirt[5]), hier und da dem Spurfolgenden auch die Unter-

[3]) Gegen die Ansicht Siegel's (Gerichtsverfahren, S. 42 Anm. 1), nach welcher die Quellen zwischen dem „vestigium persequi" und dem „latronem persequi" unterscheiden würden, vergl. Sohm a. a. O. S. 65 Anm. 4 und unten § 4. Mit Siegel scheint v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 480 Anm. 8 übereinzustimmen.

[4]) Lex Franc. Chamav. (Sohm) c. 37. Decretio Chloth. c. 17 (vergl. unten Anm. 5). Edward's Ges. II. 4. 5. Aethelstan's Ges. VI. 4. 5. Verordnung, die Dunseten betreffend, c. 1. (Schmid, Gesetze der Angelsachsen p. 116. 161. 359). — Gegen die Annahme Siegel's und Sohm's, dass der Bestohlene seine Nachbarn durch Gerüfte aufbieten musste, polemisirt v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 480 Anm. 8, welcher seinerseits behauptet, dass die trustis lediglich „den Centenar bei der öffentlichen Verfolgung" unterstützt habe. Vergl. jedoch die Ausführungen Sohm's, Geschichte der fränkischen Gerichtsverfassung, S. 186 ff. über die Bedeutung der in der Decret. Chloth. erwähnten centenarii.

[5]) Pactus pro ten. pac. Childeb. et Chloth. reg. c. 9. 16. 17. (Behrend-Boretius p. 101 ff.) Aethelstan's Ges. VI. 8, 4. Edgar's Ges. I. 5 (Schmid a. a. O. S. 167. 185).

stützung durch öffentliche Beamte gewährt.[6]) Die diesbezüglichen Vorschriften sind hauptsächlich deshalb von Interesse, weil in einem Theil derselben, nemlich in denen des fränkischen und angelsächsischen Rechts, eine Haftpflicht der mit der Ermittelung des gestohlenen Gutes betrauten Verbände für den Werth des letzteren constituirt wurde. Insbesondere ist nach der Decretio Chlotharii regis die Centene, in deren Bezirk der Diebstahl begangen worden ist, resp. diejenige, in deren Gebiet sich die von dem Diebe zurückgelassene Spur verliert, verpflichtet, dem Bestohlenen das capitale zu ersetzen und die Verfolgung des Diebes zu übernehmen. Führt die letztere zu dem gewünschten Resultate, so erhält die trustis von dem Diebe ausser dem capitale auch noch die Hälfte der Diebstahlsbusse, während der Verletzte seinerseits nur auf die andere Hälfte derselben Anspruch erheben kann. In diesen Bestimmungen zieht die Spur also tief einschneidende rechtliche Wirkungen nach sich, während sie im Uebrigen nur noch nach einer höchst interessanten Vorschrift des angelsächsischen Rechtes [7]), welche jedoch erst unten [8]) in anderem Zusammenhange näher erörtert werden kann, für die Gestaltung des weiteren Verfahrens von Wichtigkeit ist.

Führt die Spur zu einem Hause[9]), so kann der auf der Nacheile Befindliche verlangen, dass ihm dasselbe geöffnet, und die Durchsuchung desselben gestattet werde. Nur für das altbairische Recht[10]) lässt sich mit voller Sicherheit behaupten, dass die Haussuchung im Falle der Weigerung der Bewohner des Hauses, sich derselben zu unterwerfen, erzwungen werden konnte. Nach ribuarischem Rechte kann sogar das Gegentheil als feststehend angesehen werden, da Lex Ribuar. 47 § 3 das gewaltsame Eindringen in ein fremdes Haus ohne Rücksicht darauf, ob die Haussuchung erfolglos geblieben ist oder nicht, für strafbar erklärt.

[6]) Lex Visig. VII. 1. 2, 1. Edict. Liutpr. c. 81.

[7]) Aethelstan's Ges. V. c. 2 (Schmid a. a. O. S. 154, 155).

[8]) § 7.

[9]) Die Quellen (Lex Ribuar. 47 § 2. Lex Burgund. XVI. c. 1) machen es wahrscheinlich, dass die Oeffnung des Hauses zum Zwecke der Durchsuchung in ältester Zeit nur dann verlangt werden konnte, wenn die Spur zu dem Hause hinführte. Aehnlich Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 768.

[10]) Lex Baiuvar. XI. § 2.

Auf welcher Seite das burgundische Recht[11]) steht, muss dahingestellt bleiben, da die Thatsache, dass nach diesem Volksrechte die Diebstahlspräsumtion bereits bei der Verweigerung der Haussuchung eintritt, noch nicht den Schluss gestattet, dass der Spurfolgende sich bei dieser Weigerung beruhigen musste. Jedenfalls wird in dem der hier interessirenden Stelle unmittelbar vorhergehenden Titel der Lex Burgundionum[12]) der Hausfriedensbruch nur unter der Voraussetzung mit Strafe bedroht, dass er „ad rixam" d. h. behufs Erregung eines Streites begangen worden ist. Im Uebrigen müssen wir hinsichtlich der rechtlichen Wirkungen der Haussuchung und ihrer Verweigerung auf die unten (§ 5) folgenden Ausführungen verweisen.

Was die Formalitäten der Haussuchung betrifft, so ist es durch J. Grimm[13]) zur Gewissheit gebracht worden, dass die aus den Institutionen des Gaius bekannten Gebräuche indogermanischen Ursprungs sind. Von den südgermanischen Volksrechten gedenkt nur die Lex Baiuvariorum[14]) einer an dieses Institut anknüpfenden alterthümlichen Rechtsübung. Während nemlich das gewaltsame Eindringen in ein fremdes Haus nach bairischem Rechte regelmässig mit 6 sol. bestraft wurde[15]), trat eine Ermässigung dieser Busse auf die Hälfte ein, wenn der Spurfolgende sogleich, nachdem er sich von dem Nichtvorhandensein der gesuchten Sache überzeugt hatte, dem Hauseigenthümer durch „Wette"[16]) die Zahlung der Strafe versprach, resp. in dessen Abwesenheit die „Wette" auf die Schwelle des Hauses niederlegte. Dieselbe Uebung wird auch von schleswigischen Rechtsquellen[17]) bezeugt.

In dem späteren Mittelalter fand die Haussuchung fast ausnahmslos unter Mitwirkung des Richters statt und konnte demgemäss selbstverständlich erzwungen werden.[18]) Hieraus erklärt es sich auch, dass der Fall einer eigentlichen Verweigerung der

[11]) Lex Burgund. XVI. 1.

[12]) Lex Burgund. XV. „de commotione litium".

[13]) Rechtsalterthümer, S. 639 ff.

[14]) Lex Baiuvar. XI. § 4.

[15]) Ibid. § 2.

[16]) Vergl. Sohm, Eheschliessung. S. 44. Anm. 42.

[17]) Jus Slesvic. antiq. § 21. Jus Slesvic. recent. c. 27 (Ancher, Farrago antiquarum Daniae legum p. 6. 113).

[18]) Vergl. insbes. Blume des Sachsensp. bei Homeyer, Richst.

Haussuchung in den dieser Periode angehörigen Quellen äusserst selten erwähnt wird.

Das Resultat des soeben geschilderten Ermittelungsverfahrens ist das Finden, oder, um den Ausdruck der Quellen zu gebrauchen, das „Erkennen“[19]) der gestohlenen Sache. Bereits Laband[20]) hat darauf hingewiesen, welche Bedeutung der Feststellung der Identität der mit Anefang belegten mit der dem Kläger abhandengekommenen Sache nicht bloss dem Sprachgebrauche, sondern auch dem Inhalt der Quellen nach zukommt. Wie sich unten [21]) zeigen wird, liegt in diesem Umstande gleichzeitig ein wichtiges Argument für die von uns vertretene Ansicht über die rechtliche Natur der Anefangsklage.

Steht nun der Bestohlene der ihm entwendeten Sache und ihrem zeitigen Inhaber gegenüber, so nimmt er diejenige Handlung vor, mit welcher das eigentliche processualische Verfahren beginnt, und von welcher dasselbe demgemäss auch seinen Namen herleitet, — den Anefang. Die wichtigsten Bezeichnungen, welche in den Volksrechten für diesen Act begegnen, sind: „intertiare“[22]), „in tertiam manum mittere“, „manum mittere super rem“, „manus immissio“, „hantalod“[23]). Die Ausdrücke: „intertiare“ und: „in tertiam manum mittere“

Landr. S. 372 ff. Goslar. Rechtserkenntniss Nr. 32 bei Bruns, Beytraege zu den deutschen Rechten des Mittelalters, S. 194 und unten § 5.

[19]) Vergl. z. B. Lex Salic. 47. Si quis servum aut caballum vel bovem aut qualibet rem super alterum agnoverit. Lex Ribuar. 33, 1. Si quis rem suam cognoverit.

[20]) a. a. O. S. 12 ff. Vergl. auch Michelsen, Hausmarke, S. 27 ff. Sohm, Process S. 57 ff.

[21]) § 7.

[22]) „Intertiare“ ist auch der technische Ausdruck, welchen die lateinische vetus versio zu den angelsächsischen Gesetzen für den Anefang anwendet; die entsprechenden angelsächsischen Bezeichnungen lauten: „*befôn*“, „*aetfôn*“ (Schmid a. a. O. p. 526 v. aetfôn). Die französischen Quellen gebrauchen regelmässig: „entercier“, „enterciement“. Die in den deutschen Rechtsaufzeichnungen des späteren Mittelalters begegnenden Bezeichnungen sind bei Laband a. a. O. S. 91 Anm. 6 zusammengestellt.

[23]) Decret. Tassil. IV c. 13. — Darüber, dass das in Lex Baiuvar. IV, 3. V, 3. begegnende Wort „infanc“ sich nicht, wie Siegel a. a. O. S. 87 Anm. 2 annimmt, auf die intertiatio bezieht, vergl. Sohm, Process, S. 73 Anm. 19. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 42. N. 7.

deuten nicht etwa, wie man früher[24]) angenommen hat, auf eine Treuhand, bei welcher die streitige Sache niedergelegt worden wäre, oder auf einen von dem Anefangskläger abzuleistenden Dritthandseid[25]) hin; Siegel und Sohm[26]) haben vielmehr unwiderleglich dargethan, dass die „tercia manus", deren die auf das Anefangsverfahren bezüglichen Quellenbestimmungen gedenken, ausschliesslich die Hand des Gewährsmannes ist, auf welchen sich der ursprüngliche Anefangsbeklagte, um seinen redlichen Erwerb darzuthun, beruft. In erweiterter Anwendung bezeichnet dann „tercia manus" den gesammten Anefangsprocess als dasjenige Verfahren, „welches die gestohlene Sache regelmässig an die dritte Hand bringt"[27]). „Rem in tertiam manum mittere", womit „rem intertiare" identisch ist, heisst also: „die Sache in das Dritthandsverfahren setzen", d. i. das Dritthandsverfahren einleiten, anefangen. Die übrigen oben erwähnten Ausdrücke „manum mittere super rem, manus immissio, hantalod" rühren von der Form des Anefangs her, welche in der Handauflegung auf die Sache seitens des Bestohlenen besteht.[28]) Vergl.

Lex Ribuar. 33 § 1. Si quis rem suam cognoverit mittat manum super eam.

24) Vergl. hierüber Siegel a. a. O. S. 87 und Sohm, Process, S. 84 Anm. 15, wo die Schriftsteller, welche diese Auffassung vertraten, ziemlich vollständig aufgeführt sind.

25) Zoepfl, Die Eva Chamavorum S. 75. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 482.

26) Process, S. 84. Vergl. Siegel a. a. O. S. 88 ff.

27) Sohm a. a. O. S. 84.

28) Der in Lex Ribuar. 33 § 1 von dem Anefangskläger geforderte Eid, ‚quod in propriam rem manum mittat', wird von Sohm, Process, S. 74 und v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 42 Anm. 8, S. 480 als Bestandtheil der Anefangshandlung aufgefasst. Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden, da die Ableistung jenes Eides nicht bloss dem Anefang, sondern auch der Einlassung des Beklagten nachfolgt, was daraus hervorgeht, dass der Kläger erst dann und anscheinend nur dann zum Schwur gelangt, wenn Beklagter zur Gewähr gezogen hat (*argum.*: „ambo coniurare debent"). Auch das spätere Recht bestätigt die Ansicht Sohm's nicht, sondern lässt höchstens die Annahme zu, dass das „Ziehen zu der Sache' nach einem Theil der Quellen gleichzeitig mit dem gerichtlichen Anefang vorgenommen werden musste. Hiernach könnte man aber mit grösserem Rechte behaupten, dass die Handauflegung auf die Sache zur Form der Ableistung des klägerischen Eides gehört habe. — Der Anefang selbst wurde, soviel wir wissen, nicht

Ibid. 58 § 8.[29]) Quod si quis tabularium ex servo alieno facere praesumpserit, tunc illi, cuius servus est, super eum manum mittere debit.

Was nun die rechtliche Natur des Anefangs betrifft, so haben wir die Ansicht Sohm's, nach welcher die intertiatio als ein Formalact aufzufassen wäre, bereits oben[30]) zu widerlegen gesucht. Dass der Anefang ein processualisches Zwangsmittel sei[31]), kann dagegen auch von unserem Standpunkte aus zugegeben werden; denn er nöthigt den Besitzer der intertiirten Sache, zwar nicht, wie Sohm behauptet, unmittelbar zur Restitution, wohl aber zur Antwort auf die mit der körperlichen Berührung der Sache erhobene Klage. Von anderer Seite[32]) ist das entscheidende Gewicht darauf gelegt worden, dass dem Beklagten durch den Anefang von vorneherein die Möglichkeit abgeschnitten wird, den Besitz der gestohlenen Sache abzuleugnen. Auch diese Ansicht hebt eine wesentliche Wirkung des Anefangs hervor, welche in Wahrheit von noch grösserer Tragweite ist, als man bisher angenommen hat; denn die durch das Anfassen der Sache erfolgende Feststellung des Besitzes des Beklagten ist für die Gestaltung des Beweisrechts im Anefangsverfahren durchaus grundlegend.[33]) Eine dritte Ansicht[34]), welche den Anefang als einen Act der Arrestanlegung betrachtet, enthält wenigstens insofern einen richtigen Gedanken, als in ältester Zeit die Veräusserung der intertiirten

von Worten begleitet, sondern lediglich durch eine symbolische Handlung erhoben. Hierfür sprechen insbesondere auch die langobardischen Formeln zu Edict. Roth. c. 232 und Capitul. Otton. I. c. 7 (Monum. Germ. histor. Leg. t. IV. p. 358. 578), nach welchen in dem gerichtlichen Termine lediglich die interciatura rei constatirt, die Klage aber nicht näher substantiirt wird. Vergl. auch Expos. § 6 zu Ed. Roth. l. c.

[29]) Diese Stelle bezieht sich auf einen Fall, in welchem ein anderes Delict, als Diebstahl, den Klagegrund bildet. Vergl. unten § 19.

[30]) S. 20 ff.

[31]) Sohm, Process, S. 69.

[32]) Vergl. v. Bar, Beweisurtheil, S. 150 Anm. 259a. Haenel, Beweissystem, S. 140. Delbrück, Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. XIV. S. 251. Dingliche Klage, S. 76. Bluntschli, Kritische Ueberschau, Bd. VI. S. 198.

[33]) Vergl. unten § 6—9.

[34]) Weiske, Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. XIV. S. 135. v. Meibom, Deutsches Pfandrecht, S. 147. Vergl. auch Siegel, Gerichtsverfahren, S. 92 Anm. 14. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 481 Anm. 11.

Sache, wie aus Lex Ribuar. 72 entnommen werden muss, für den Anefangsbeklagten die Folge nach sich zog, dass er von der Vertheidigung ausgeschlossen und dem Kläger gegenüber sachfällig wurde.[35]) Auch dadurch wird diese Ansicht unterstützt, dass bereits zur Zeit der Volksrechte, insbesondere aber in den späteren Rechtsquellen, das Bestreben hervortritt, für die Sicherstellung der den Mittelpunkt des Anefangsverfahrens bildenden Sache während der Dauer des letzteren Sorge zu tragen.[36]) Diesem Zweck dient u. A. das in der Lex Salica[37]) begegnende „agramire per tercia manu", welches Sohm[38]) mit Recht als eine von der Partei, welche den Besitz der intertiirten Sache erhält, zu leistende fides facta auffasst, und welches nach unserer später näher zu begründenden Ansicht im Wesentlichen das Versprechen, die Sache in dem gerichtlichen Verhandlungstermine zu gestellen, bedeutet. Ist es nun aber auch richtig, dass der Anefang regelmässig mit einer Verstrickung der Sache verbunden ist, so wird man doch Planck[39]) darin beipflichten müssen, dass diese Folge desselben ursprünglich nebensächlicher Natur war und erst in späterer Zeit, als sich die Anefangsklage der schlichten Klage immer mehr näherte, in den Vordergrund trat. Die Weiske-v. Meibom'sche Ansicht über den rechtlichen Character des Anefangs leidet daher in noch höherem Grade als die übrigen soeben erwähnten an dem ihnen sämmtlich anhaftenden Mangel, dass sie eine einzelne Wirkung der intertiatio in einseitiger Weise betonen und dabei die eigentliche Bedeutung derselben aus dem Auge verlieren. Denn die begrifflich wesentlichste Eigenschaft des Anefangs ist doch unzweifelhaft die, dass er den Einleitungsact und die nothwendige Voraussetzung des sich an ihn anschliessenden Anefangsverfahrens bildet. Da nun die manus immissio, soviel wir wissen, nicht von Worten begleitet wurde[40]), welche über den Gegenstand des klägerischen Begehrens oder über den Inhalt der gegen den Beklagten gerichteten Beschuldigung Aufschluss geben könnten, so kann selbstverständ-

[35]) Das Nähere hierüber unten § 11.

[36]) Vergl. unten § 18.

[37]) Tit. 37. 47.

[38]) Process, S. 77 ff.

[39]) Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 838. Bd. II. S. 370.

[40]) Vergl. S. 49 Anm. 28 a. E.

lich nur die Prüfung des ganzen Anefangsverfahrens zur richtigen Würdigung seines Einleitungsactes führen. Ist aber die juristische Natur des ersteren festgestellt, so ist damit auch der letztere erklärt, und eine Definition desselben daher überflüssig. Es ist hiernach wohl am correctesten, sich damit zu begnügen, den Anefang als eine lediglich symbolische Handlung zu bezeichnen[41]), welche, wie bereits Planck[42]) angedeutet hat, dem Anpacken des Gegners bei dem kampflichen Gruss begrifflich am nächsten steht.

In der fränkischen Periode wird der Anefang anscheinend überall aussergerichtlich erhoben[43]); in dem salischen und dem ribuarischen Volksrechte[44]) wird sogar angeordnet, dass ihm ein gerichtlicher Termin nicht unmittelbar, sondern erst nach Ablauf einer bestimmten Frist folgen solle. Im Gegensatze hierzu gilt in dem späteren Mittelalter das Princip:

We wat anevanghen wel, de schal dat don mit gerichte.[45])

Der Satz, dass der Anefang gerichtlich erfolgen solle, hat nun aber in den verschiedenen Quellen eine verschiedene Bedeutung. In einigen[46]) derselben wird nemlich nur die Einholung einer

[41]) Albrecht, Gewere, S. 27. 86. Siegel, Gerichtsverfahren, S. 91. Laband a. a. O. S. 90. 91. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 42. 480.

[42]) Gerichtsverfahren Bd. I. S. 829. Insbesondere ist darauf Gewicht zu legen, dass das Anpacken des Gegners beim Kampfesgruss gleichfalls mit des richters orlove erfolgt. Vergl. Sachsensp. I. 63. § 1.

[43]) In dem langobardischen Rechtsgebiete bestand allerdings der „usus", dass der Anefang in Gegenwart eines missus comitis und dreier Zeugen vorgenommen wurde. Vergl. Glosse zu Edict. Roth. c. 232 (Monum. Germ. hist. leg. t. IV. p. 358): Cum homo vult interciare caballum, vendicat cum misso comitis et cum tribus hominibus liberis per usum tractum a lege Salica; ferner ibid. Expos. § 6. — Die Lex Salica, auf welche hier Bezug genommen wird, enthält keine entsprechende Vorschrift. Vergl. auch v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. V. S. 348.

[44]) Lex Salic. 47 § 1. Lex Ribuar. 33 §§ 1 4.

[45]) Goslar. Statuten (Göschen), S. 98 Z. 17. Rechtsb. nach Distinct. IV. 42 dist. 3 („mit geruffte" steht hier wohl irrthümlich statt „mit gerichte"). Braunschweig. Stadtrecht (Otton.) c. 26 (Haenselmann, Urkundenbuch der Stadt Braunschweig, S. 6).

[46]) Insbes. Stadtrecht von Salzwedel aus dem 15. Jahrhundert § 86 (Gengler, Stadtrechte, S. 407): „he schal mit des richters orlove und myt rechte syn vorstalen gud antasten; wil de aver im dat gud weren, so neme he twe

vorgängigen richterlichen Erlaubniss erfordert, während der Anefang selbst anscheinend ohne Mitwirkung des Gerichts stattfindet. Nach den zahlreichsten und wichtigsten Rechtsaufzeichnungen ist dagegen theils die persönliche Gegenwart des Richters oder gar des vollbesetzten Gerichts und nur im Nothfalle die Zuziehung anderer Personen (des Frohnboten, der Schöffen oder einer bestimmten Zahl von Dingpflichtigen)[47], theils principaliter die Mitwirkung des Frohnboten[48] bei Vornahme der Anefangshandlung vorgeschrieben. Nach diesen Rechten macht sich daher derjenige, welcher ohne obrigkeitliche Unterstützung eigenmächtig seine im Besitze eines Anderen befindliche Sache mit Beschlag belegt, strafbar.[49] Nur unter der Voraussetzung ist die Ergreifung der Sache *„ane gerichte"* gestattet, dass der Bestohlene den Richter, den Frohnboten oder eine der übrigen oben erwähnten Personen nicht rechtzeitig zur Stelle schaffen kann, sie nicht *„gehaben moge"*.[50] In Rücksicht darauf, dass hier Gefahr im Verzuge obwaltet, wird der Anefangskläger in diesem Falle straffrei, wenn er die

burger darto, und bidde ene, dat he mit eme vor dat richte ga." — Falls diese Bestimmung nicht lediglich als eine ungenaue Wiederholung von Sachsensp. II. 36 § 2 aufzufassen ist, scheint in ihr allerdings vorausgesetzt zu sein, dass der Anefangskläger zunächst den Urlaub des Richters einholt und dann erst das Gut antastet.

[47]) Vergl. die Anm. 45. citirten Stellen; ferner Alte Saalfelder Statuten (XIII sec.), Art. 47 (Walch, Vermischte Beitraege Bd. 1. S. 26). Glogauer Rechtsb. c. 416—419. Eisenacher Gerichtsleufft c. 24 bei Laband a. a. O. S. 122.

[48]) Wiener Stadtr. (Rauch, scriptores rerum Austriacarum, Bd. III. p. 169. 172). Altes Bamberger Stadtrecht § 110 (Zoepfl. S. 33). Freiberger Stadtrecht (Schott) c. 9. Bair. Landr. c. 33 (Freyberg, Sammlung historischer Schriften, Bd. IV S. 405). Münchener Stadtrecht (Auer) art. 65. Stadtr. v. Freysing (Freyberg V. S. 168). Ruprecht v. Freysing (v. Maurer) c. 203. — Hervorgehoben zu werden verdient, dass nach der citirten Stelle des Wiener Stadtrechts der „deupscherge" zur Mitwirkung bei dem Anefang berufen ist.

[49]) Vergl. z. B. die citirte Stelle der Saalfelder Statuten.

[50]) Ebenda, sowie Rechtsb. nach Distinct. IV. 42 d. 2. Freiberger Stadtr. (Schott) c. 9. Rechtsbuch von Mühlhausen bei Förstemann, Neue Mittheilungen Bd. VII S. 87. 88. Goslar. Rechtsschreiben c. 2 bei Bruns, Beyträge, S. 225. Augsburger Stadtr. (Meyer) Art. 34. Münchener Stadtr. art. 65 (Auer. S. 27). Bair. Landr. c. 33 (Freyberg IV. S. 405). Stadtr. von Freysing (Freyberg V. S. 168).

Sache sofort vor den Richter bringt und nachweist, dass er diesen oder den Frohnboten vergeblich gerufen habe. Nach den letztgedachten Bestimmungen konnte also das Anefangsverfahren auch noch im späteren Mittelalter aussergerichtlich begonnen werden. Nichtsdestoweniger enthalten diese Vorschriften keine wirkliche Ausnahme von dem oben an die Spitze gestellten Princip und bestätigen jedenfalls nicht die weit verbreitete Ansicht[51]), dass der Anefang nach dem sächsischen Rechte resp. nach denjenigen Quellen, welche nicht unbedingt die Mitwirkung des Frohnboten verlangen, nach wie vor aussergerichtlich erhoben und vor Gericht nur symbolisch wiederholt wurde. Das ergiebt sich zunächst aus folgender Stelle:

> Richst. Landr 17, § 1. Des si tum ersten, wo du enen anevank dun scalt. Wenne du wult enen anevanc dun enes dinges; dat di dunket dat di vorstolen edder afgerovet si, under weme dut vindest, to deme sprek sus: N do ic dit N lest sach, do was it mine, wil gi it mi wedder geven, ic nemet gerne, wen du must it wol wedder nemen, wil gis mi aver nicht wedder geven, so bid ic iu dat gi mit mi vor gerichte gan, wen ic wil it mit rechte winnen edder mit rechte laten. Wil he den vor gerichte, so du als hir vore geset is. Wil he aver vor gerichte nicht, so scrie din geruchte unde gripen an vor dinen dif und du als wi in pinliken clagen hir na secgen.

Obgleich Johann von Buch am Eingange dieses Capitels darüber Belehrung zu ertheilen verspricht, wie man „einen Anefang thun“ solle, wird die Anefangshandlung selbst im weiteren Verlaufe der Stelle nicht einmal erwähnt. Immerhin kann aus c. 17 cit. mit Sicherheit entnommen werden, dass der Bestohlene die Sache nicht sogleich, nachdem er sie wiedererkannt hat, mit Beschlag belegt, sondern dass er vorher an ihren gegenwärtigen Inhaber die Aufforderung richtet, entweder die Sache herauszugeben oder ihm vor Gericht zu folgen. Restituirt der in Anspruch Genommene freiwillig, so findet, wie Johann von Buch voraussetzt, ein Anefang überhaupt nicht statt. Das Gleiche gilt, wenn derselbe nicht einmal die Verantwortung für sein Haben übernehmen will; denn in diesem Falle wird er unter Erhebung

[51]) Vergl. z. B. Sohm, Process, S. 70. 74. Haenel, Beweissystem, S. 140.

des Gerüchtes gebunden und vor den Richter geschleppt. Verweigert endlich der Besitzer der streitigen Sache zwar die Herausgabe derselben, erklärt er sich jedoch bereit, sofort mit dem Kläger auf das Gericht zu gehen, so entsteht die Frage, in welchem Zeitpunkte nunmehr der Anefang erhoben wird. Da in Richtst. Landr. c. 16 § 6 ausdrücklich bemerkt wird, dass der Anefang vor Gericht erfolgt, so scheint auch für c. 17 cit. angenommen werden zu müssen, dass der Kläger diese Formalität nicht eher erfülle, als bis er mit dem Beklagten und der Sache an der Gerichtsstelle angelangt ist. Ein aussergerichtlicher Anefang würde, da er später doch vor Gericht wiederholt werden müsste, nach der Darstellung, welche der Richtsteig giebt, auch völlig sinnlos sein. Denn zum Erscheinen vor dem Richter wird der Beklagte durch die dahin gehende Aufforderung des Klägers, deren Nichtbefolgung das Verfahren auf handhafter That herbeiführt, genöthigt. Diese übt also den Zwang aus, dessen der Kläger bis zur gerichtlichen Verhandlung des Rechtsstreites bedarf, und da sie insofern eine Function erfüllt, welche in älterer Zeit dem Anefang zukam, konnte letzterer unbedenklich bis zum Erscheinen der Parteien auf der Gerichtsstelle verschoben werden.

Das Gleiche ergiebt sich unserer Ansicht nach aus der entsprechenden Stelle des Sachsenspiegels (II, 36):

> § 1. Sve so over den anderen dach sine düve oder sinen rof under enen manne vint, ... den ne mach man nener hanthaften dat sculdegen, ... wan mit des richteres orlove mut he sin gut wol anevangen mit rechte. § 2. Wil aver jene sin gut weren ime, er it vor dat richte kome, so bidde he ine weder keren vor gerichte; weigeret he des, he scrie ine dat gerüchte an unde gripe in an vor sinen dief, also of die dat hanthaft si, wende he sik scüldich hevet gemaket mit der vlucht. Kumt aver jene willes vor gerichte, he sal sik underwinden sines gudes to rechte.

Planck[52]) erklärt diese Stelle folgendermassen: „Der Kläger trifft den Besitzer im echten Ding und schuldigt ihn, dass er eine ihm, dem Kläger gehörige Sache besitze. Beim Leugnen des Besitzers erbittet Kläger des Richters Urlaub die Sache anefangen zu dürfen. Er begiebt sich aus dem Gerichte mit dem Beklagten

[52]) Gerichtsverfahren, Bd. I S. 827 Anm. 10.

in dessen Behausung, findet dort die Sache. Will nun Beklagter sie nicht freiwillig herausgeben, sondern wehren, so fordert ihn Kläger auf, mit ihm unter Mitnehmen der Sache wieder zurückzukehren (*weder keren)* vor Gericht. Weigert sich dessen Beklagter, so greift ihn der Kläger unter Erhebung des Gerüchtes an als Dieb; leistet er Folge, so erscheinen beide mit der Sache im Gericht, und Kläger unterwindet sich derselben mit Erlaubniss des Richters, worauf die Vertheidigung des Beklagten folgt." Diese Interpretation basirt augenscheinlich auf dem in Sachsensp. II. 36 § 2 gebrauchten Ausdrucke „*weder keren*", aus welchem Planck eine ganze Reihe von Folgerungen zieht, für welche der übrige Inhalt der Stelle nicht den entferntesten Anhalt gewährt. Im Gegentheil geht aus § 1 mit voller Sicherheit hervor, dass der Anefangskläger die richterliche Genehmigung zur Erhebung des Anefangs erst einholt, nachdem er die gestohlene Sache bei dem Beklagten vorgefunden hat. Weiter enthält der Art. 36 cit. nicht einmal eine Andeutung, aus welcher entnommen werden könnte, dass die Parteien sich im echten Ding getroffen haben, und endlich hebt Planck an anderer Stelle[53]) selbst hervor, dass ausser dem Richtsteig Landrechts auch die Glosse zu Sachsensp. II. 36[54]) eine richterliche Erlaubniss, welche der Ladung des Beklagten vorausginge, nicht kennt. Die Glosse bezieht vielmehr die Worte „*mit des richteres orlove*" auf den Urlaub, welchen der Richter dem bereits mit dem Beklagten und der Sache vor ihm erschienenen Kläger dazu ertheilt, sich der Sache vor gehegtem Ding zu unterwinden. Demgemäss würde das „*anevangen mit des richteres orlove*" in § 1 nicht einen von dem „*sik underwinden sines gudes*" in § 2 verschiedenen Act darstellen, sondern mit demselben identisch sein. In der doppelten Erwähnung der Anefangshandlung liegt aber keineswegs eine Wiederholung, da der § 1 augenscheinlich nur die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Anefangsklage feststellen will, während erst § 2 processualische Vorschriften über die Einleitung derselben ertheilt. Planck geht daher von einer irrigen Annahme aus, wenn

[53]) Gerichtsverfahren Bd. I S. 825 Anm. 1.

[54]) „Er soll sich unterwinden seines guts zu recht] diss meinte er zuvor, do er sagete: mit des richters urlaub etc. Dann wer ein ding ausser dem gefelligen oder gehegten geding wil ansprechen, darff des richters urlaub nicht dazu." (Zobel'sche Sachsenspiegelausgabe v. 1561 f. 259 v.)

er die §§ 1 und 2 als eine zusammenhängende Schilderung der von dem Anefangskläger zu ergreifenden Massregeln betrachtet. Diese Interpretation der obigen Stelle wird auch durch das von Planck mit so grossem Nachdrucke betonte *„weder keren"* in Wahrheit nicht unterstützt. Der § 2 cit. hat nemlich offenbar von vorneherein den Fall im Auge, dass sich der angesprochene Besitzer der streitigen Sache der Antwort überhaupt entziehen will. Weiter ist die an denselben ergehende Aufforderung nicht, wie im Richtsteig Landrechts, sogleich alternativ gefasst, sondern zunächst ausschliesslich auf sofortige Restitution gerichtet. Unter diesen Umständen ist es aber durchaus verständlich und natürlich, dass der Besitzer, wenn er dem Verlangen des angeblich Berechtigten nicht Folge leistet, das Gut wehrt, sich nach Abgabe einer dementsprechenden Erklärung zu entfernen sucht. Demgemäss richtet sich die zweite „Bitte" des Klägers darauf, Beklagter möge wieder umkehren und ihn zum Richter begleiten. Diese Interpretation des *„weder keren"* legt in die obige Stelle nichts hinein, was nicht in derselben enthalten ist, und scheint daher den Vorzug vor der Ansicht Planck's zu verdienen. Hiernach würde aber der Sachsenspiegel, ebenso wie Richtst. Landr. 17 § 1 voraussetzen, dass der Anefang erst nach dem Erscheinen der Parteien vor gehegtem Ding erhoben wird.

Diese Annahme wird dann weiter bestätigt durch das:

> Glogauer Rechtsbuch c. 416. Eyn pherd sal man nerne anefange wen vor gehegeten dinge. c. 417. Wo ys bussen gehegetes dinges ane gefanget wirt vor richter unde czwen scheppen ader drey daz ist matelosz. c. 418. Ader wetet sich der entworter nicht unde lede bekentenisze unde geczugenisse der scheppen in gehegetem dinge zo hette her billich vorgang. c. 419 Spricht ader der entworter ich wil keyn geczugkenisse leyden unde wenne auch dy geczugen in gehegeten dinge nicht geschen seyn so frage ab her daz phert nicht anefangen sullen ader was recht ist. So mus ys der cleger anefangen von rechtis wegen.[55])

In dieser Stelle wird also ausdrücklich angeordnet, dass nur der vor gehegtem Ding erfolgte Anefang als rechtsgültig an-

[55]) Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen S. 51.

gesehen werden soll. Selbst wenn derselbe vor dem Richter und zwei oder drei Schöffen, aber ausserhalb des gehegten Dinges erhoben worden ist, braucht Beklagter es sich nicht gefallen zu lassen, dass der Beweis für die stattgehabte Einleitung des Anefangsverfahrens durch das Zeugniss der gedachten Gerichtspersonen erbracht wird. Vielmehr zwingt er durch seinen Protest gegen diese Beweisführung den Kläger, die Anefangshandlung in der ordentlichen Gerichtsversammlung von Neuem vorzunehmen. Dieser neue Anefang ist dann aber nicht, wie man nach der herrschenden Ansicht erwarten müsste, eine symbolische Wiederholung des *„bussen gehegetes dinges“* stattgehabten Unterwindens, sondern, da letzteres nach c. 417 „machtlos“ ist, der erste und einzige derartige Act, welcher juristisch überhaupt in Betracht kommen kann. Ist aber bereits der vor Richter und Schöffen, jedoch ausserhalb des gehegten Dinges erhobene Anefang unwirksam, so muss das Gleiche selbstverständlich auch dann gelten, wenn nicht einmal eine von diesen Personen der Handauflegung auf die Sache beigewohnt hat. Für diesen Fall lässt sich sogar, da dem Anefangskläger das Beweismittel des Gerichtszeugnisses für das aussergerichtlich Geschehene nicht zur Seite steht, mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit vermuthen, dass der Anefang unter allen Umständen, selbst wenn Beklagter den formellen Mangel nicht rügte, von Neuem vorgenommen werden musste.

Hiermit stimmen auch die übrigen Quellen, selbst diejenigen, welche sich mit geringeren Formalitäten (z. B. mit der Zuziehung des Frohnboten) begnügen, überein: die unter Nichtbeobachtung der diesbezüglichen Vorschriften erfolgte manus immissio gilt nicht als Anefang. Das ergiebt sich daraus, dass es fast überall, und zwar augenscheinlich in bewusster Weise, vermieden wird, die von dem Kläger selbstständig bewirkte Beschlagnahme mit einem der für den Anefang üblichen technischen Ausdrücke zu bezeichnen. Man bediente sich vielmehr thunlichst indifferenter Worte, welche den provisorischen Character der aussergerichtlichen Ergreifung der Sache sofort erkennen lassen, insbesondere der Wendung *„ufhalden bis unz an den richter“*.[56]) Im

[56]) Goslar. Statuten S. 98 Z. 27. 28. Freiberger Stadtr. (Schott) c. 9. Goslar. Rechtsschreiben c. 2 bei Bruns, Beytraege, S. 225. — In dem alten Bamberger Stadtrecht § 110 wird allerdings gesagt: „Moht er aber dez putels niht gehaben, so mag er ez selber anuangen; er schol es aber in daz geriht antworten.

Gegensatze zu diesem „*uffhalden ane gerichte*" wird in dem Rechtsbuch nach Distinct. (IV. 42. d. 2) für den Fall, dass die Handauflegung auf die Sache zwar in Abwesenheit des Richters, aber unter Zuziehung eines Stellvertreters desselben erfolgt ist, angeordnet, dass Letzterer „*des gutes anefang bestetigen sal bis an den richter*". Das Augsburger Stadtrecht[57]) erlaubt zwar dem Kläger, wenn er „*des rihters boten nit gehaben mag*", dass er das Gut „*selbe anvalle unz an den rihtere*"; aber erst nachdem er es vor diesen geführt hat, kann er es „*vervahen als reht ist*". Das Schwergewicht liegt also auch hier auf der vor dem Richter vorgenommenen Handlung.

Wir gelangen demgemäss zu dem Resultate, dass nach dem Rechte des späteren Mittelalters fast überall nur der Anefang, welcher entweder vor besetztem Gerichte oder vor einer einzelnen Gerichtsperson erhoben wird, rechtliche Wirksamkeit hat. Die hierin liegende Abweichung von dem älteren Rechte ist übrigens von mehr äusserlichem Interesse und ohne Einfluss auf die Gestaltung des weiteren Verfahrens. Wir haben die diesbezüglichen Bestimmungen auch nur deshalb so ausführlich besprochen, weil sie eine Lücke des altfränkischen Intertiationsverfahrens aufzudecken scheinen, über welche man bisher mit Stillschweigen hinweggegangen ist.

So verschiedenartig sich nemlich auch nach den dem späteren Mittelalter angehörigen Quellen die Einleitung des Anefangsverfahrens in ihren Einzelnheiten gestaltet, so wird doch in sämmtlichen oben erwähnten Vorschriften dafür Sorge getragen, dass der Beweis für die stattgehabte Litiscontestation von vorneherein gesichert ist. Selbst wo die eigenmächtige Beschlagnahme der Sache seitens des Bestohlenen ausnahmsweise gestattet ist, wird jeder Zweifel über das Geschehene dadurch beseitigt, dass sich die Parteien sofort auf das Gericht begeben und dort mit einander verhandeln. Wie verhält es sich hiermit nun in der fränkischen Periode, in welcher der Anefang aussergerichtlich erhoben, und ein gerichtlicher Termin erst nach Ablauf einer längeren oder kürzeren Zwischenzeit abgehalten wurde? Hier lag die Möglichkeit nahe, dass der Anefangsbeklagte sich dem von dem Kläger geltendgemachten Anspruche zunächst dadurch zu entziehen suchte,

[57]) Art. 34. (Meyer, Stadtbuch von Augsburg, S. 97).

dass er die „intertiatura rei" in Abrede stellte[58]), m. a. W. bestritt, dass der Kläger eine in seinem Besitze befindliche Sache mit Anefang belegt habe. In diesem Falle musste die diesbezügliche Behauptung des Klägers selbstverständlich bewiesen werden, und zwar, wie wir annehmen dürfen, durch Zeugen. Einerseits ergiebt sich nemlich aus den Volksrechten unzweifelhaft, dass die Vornahme processualisch erheblicher Handlungen von der Partei, von welcher dieselben ausgegangen waren, durch Privatzeugniss[59]), an dessen Stelle erst in späterer Zeit das Gerichtszeugniss trat, dargethan werden konnte. Und andererseits wird die Zuziehung von Zeugen bei der intertiatio, obgleich sie nicht ausdrücklich angeordnet wird, dennoch als regelmässig stattfindend vorausgesetzt, weil der Spurfolgende in dem grössten Theile der hierher gehörigen Vorschriften als von einer trustis begleitet gedacht wird. Der Anefangskläger war also jedenfalls in der Lage, sich dagegen zu sichern, dass der Beklagte sein aussergerichtliches Vorgehen später durch eidliches Leugnen illusorisch mache. Hiermit ist aber das soeben angeregte Bedenken noch nicht beseitigt: denn nicht bloss der Anefang erfolgt in der ältesten Zeit aussergerichtlich, sondern zum mindesten nach der Lex Salica und Lex Ribuaria auch die Einlassung des Beklagten. Das ergiebt sich mit voller Sicherheit aus den folgenden Bestimmungen:

> Lex Salic. 47 § 1. Si quis . . . qualibet rem super alterum agnoverit, mittat eum in tertia manu et ille super quem cognoscitur, debeat agramire et . . . in noctis XL placitum faciant et inter ipso placito qui interfuerit qui caballo ipso . . . venderit . . . omnes intro placito isto communiantur.
>
> Lex Ribuar. 33 § 1. Si quis rem suam cognoverit, mittat manum super eam. Et sic illi, super quem interciatur, tercia manu querat, tunc in praesente ambo coniurare debent

[58]) Dass dieser Fall thatsächlich vorkommen konnte, ergiebt sich aus der langobardischen Formel zu Capitul. Otton. I. c. 7 (Monum. Germ. hist. Leg. t. IV. p. 578): Petre, te appellat Martinus, quod ipse interciavit tibi unum suum caballum aut aliam rem. — Non michi interciasti. — Si potest, approbet appellator, si non, iuret appellatus quod ipse sibi non interciavit.

[59]) Vergl. beispielsweise Lex Salic. 47 § 2. Lex Ribuar. 33 § 2.

Ibid. § 4. Quod si in ipsa hora, quando res interciatur, responderet, quod fordronem suum nesciat, tunc in praesente sacramento sibi septima mano fidem faciat et super 14 noctes eum iurare studiat.

Diese Stellen bilden nun die Grundlage für die oben[60] skizzirte Ansicht Sohm's[61] über die Stellung der „Mobilienvindication“ im System des altsalischen Processes. In der That scheinen dieselben die Behauptung Sohm's zu bestätigen, dass die fränkische intertiatio ursprünglich ein Verfahren gewesen sei, in welchem zwar eine Beweisaufnahme, aber kein Beweisurtheil d. h. überhaupt kein Urtheil vorkam. Denn da der Anefangsbeklagte sofort bei der aussergerichtlichen Einleitung des Verfahrens seine Antwort vorbringt, und bereits in dem ersten gerichtlichen Termine über die von ihm aufgestellten Behauptungen Beweis erhoben wird, fehlt die sonst den Kern des Processes bildende gerichtliche Entscheidung, durch welche festgestellt wird, welche von den Parteien vorgebrachten Thatsachen erheblich sind, von welcher Partei und mit welchen Mitteln der Beweis zu führen ist, und endlich, welche Folgen beim Gelingen oder Misslingen der angeordneten Beweisaufnahme eintreten.

Unseren allgemeinen Bedenken gegen die Grundanschauung, von welcher Sohm ausgeht, haben wir bereits oben Ausdruck gegeben. Das salische „agramire“, in welchem Sohm das im Anefangsprocesse an Stelle des Urtheilserfüllungsgelöbnisses stehende Beweisgelöbniss erblickt, kann dagegen erst später[62] erörtert werden. Hier soll daher nur der Versuch gemacht werden, der Hypothese Sohm's eine andere gegenüberzustellen, welche unserer Meinung nach einen grösseren Anspruch auf Glaubwürdigkeit hat.

Man könnte zunächst geneigt sein, die aussergerichtliche Einlassung des Beklagten dadurch zu erklären, dass man sie als eine Eigenthümlichkeit des Gewährszuges auffasst. Allerdings muss auch derjenige, welcher Kauf von einem Unbekannten behauptet, den Siebenereid, zu dessen Ableistung er nach Lex Ribuar. 33 § 4 verpflichtet ist, unmittelbar nach Erhebung des Anefangs

[60]) S. 20 ff.

[61]) Process, S. 115 ff.

[62]) Vergl. unten § 18.

angeloben.[63]) Die letztgedachte Einrede ist aber, wie sich unten[64]) zeigen wird, lediglich ein Surrogat des Gewährszuges und fällt also nach der hier interessirenden Richtung hin mit demselben zusammen. Für die übrigen der Anefangsklage gegenüber zulässigen Vertheidigungsmittel wird die sofortige Beweisantretung dagegen nicht angeordnet; vielmehr könnte man daraus, dass das „in praesente" in Lex Ribuar. 33 § 1 und 4 mit besonderer Schärfe hervorgehoben wird, schliessen, dass der Anefangsbeklagte andere Einwendungen auch später, nemlich in dem gerichtlichen Termine, vorbringen dürfe. Der Gewährszug nimmt aber in der That insofern eine Sonderstellung ein, als er eigentlich keine Antwort auf die Anefangsklage, sondern ein Wehren der Antwort, nemlich die Behauptung, der unrechte Beklagte zu sein, enthält.[65]) Da nun weiter die Herbeischaffung des Vormanns regelmässig einen erheblichen Zeitaufwand erforderte, wäre es nicht unmöglich, dass das älteste Recht in Anbetracht dieser eigenthümlichen Verhältnisse gerade bei dem Gewährszuge ausnahmsweise die aussergerichtliche Litiscontestation zugelassen hätte.

Auch diese Erklärung der obigen Vorschriften des altfränkischen Rechts kann jedoch nicht als befriedigend angesehen werden. Selbst wenn sich die Einlassung des Beklagten nur in dem Falle des Gewährszuges (resp. bei der Einrede des Marktkaufs) unmittelbar an den Anefang angeschlossen hätte, — und hierfür spricht allerdings eine hohe Wahrscheinlichkeit, — bliebe es unverständlich, wie die Mitwirkung des Gerichts bei einem Theile der contradictorischen Verhandlung entbehrt werden konnte.[66]) Zunächst ist es nemlich kaum denkbar, dass es zulässig gewesen sein sollte, ausser dem Einleitungsacte des Anefangsverfahrens auch noch das sachliche Vorbringen der Parteien und die unter ihnen getroffene Verabredung über die Beweisaufnahme durch Privatzeugniss darzuthun. Weiter entsteht die Frage, wie ein etwaiger Streit der Parteien über die dem Anefangsbeklagten zur Gestellung

[63]) in ipsa hora, quando res intertiatur — tunc in praesente sacramento sibi septima manu fidem faciat.

[64]) § 15.

[65]) Vergl. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I S. 402 ff. und unten § 10—12. 14.

[66]) Vergl. Behrend, Festgaben für Heffter, S. 67 Anm. 2.

seines Auctors zu gewährende Frist oder über die Grösse des von ihm zu leistenden Eides beigelegt werden sollte, ohne dass eine diesbezügliche Entscheidung gefällt worden wäre. Hätte sich endlich gar, wie Sohm anzunehmen scheint, das „agramire" des Beklagten auch auf die Zahlung der Diebstahlsstrafe im Falle des Misslingens des angetretenen Beweises gerichtet, so hätte der Gesetzgeber, da die compositio furti eine sehr verschiedene Höhe haben konnte[67]), seinen Unterthanen eine Rechtskenntniss zugetraut, welche dieselben in Wahrheit wohl nicht gehabt haben werden.

Diese Erwägungen zeigen wohl zur Genüge, dass das Anefangsverfahren bereits in seinen ersten Stadien genügenden Anlass zur Urtheilsfindung bietet und die Gegenwart von Urtheilern mit Nothwendigkeit zu erfordern scheint. Hiernach darf aber vielleicht die Vermuthung geäussert werden, dass der Anefang und die Einlassung des Beklagten im altfränkischen Rechte nur scheinbar aussergerichtlich erfolgten, in Wahrheit aber vor einer Personenvereinigung stattfanden, welche berufen war, die ordentliche Gerichtsversammlung zu ersetzen, — ich meine: vor der trustis, welche den Anefangskläger auf der Spurfolge begleitet. Für die Annahme, dass der trustis eine derartige Bedeutung zukam, spricht zunächst der aus dem oben S. 45 citirten c. 1 Capitul. I zur Lex Salica hervorgehende Umstand, dass dieselbe einen besonderen Frieden genoss, welchen Sohm[68]) als „Schaarfrieden" characterisirt und mit dem „Volksfrieden, wie er auf der Heeresversammlung und Gerichtsversammlung sich äusserte," auf gleiche Stufe stellt. Weiter ist zu beachten, dass die Decretio Chlotharii bei Organisation der trustis die letztere an den Centverband anschliesst.[69]) Die hierdurch bewirkte Neuerung scheint aber darin zu liegen, dass der ständige Wachtdienst von Unfreien („ad wactas constituti") auf „electi centenarii" d. h. „auserlesene freie Centschaarleute" übertragen wird. Da nun „trustis" resp. „contubernium" stets eine Schaar freier Männer bedeutet[70]), diese Institute aber zweifellos bereits vor der Decretio Chlotharii bekannt waren, so lässt sich vermuthen, dass früher eine Be-

[67]) Vergl. oben S. 39.

[68]) Die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung, S. 190 Anm. 22.

[69]) Das Nähere hierüber bei Waitz, Verfassungsgeschichte, Bd. II. Aufl. III. S. 398—405 und Sohm, Gerichtsverfassung, S. 182 ff.

[70]) Sohm, Gerichtsverfassung, S. 186.

schränkung der trustis auf electi centenarii nicht stattfand, die trustis vielmehr von allen denjenigen Mitgliedern der Centgemeinde gebildet wurde, welche den Ruf des auf der Nacheile Befindlichen gehört hatten. Ist dieses aber richtig, so würde es nicht auffallen können, wenn jene Schaar als Vertretung der ganzen Centgemeinde, als Versammlung aller der letzteren angehörenden Dingpflichtigen angesehen worden wäre. Endlich ist noch darauf besonderes Gewicht zu legen, dass die trustis ohnehin, falls nemlich die Spurfolge nicht zu dem Anefangsverfahren, sondern zu dem Verfahren handhafter That führte, in die Lage gerathen konnte, sich als Gericht zu constituiren. Das ergiebt sich daraus, dass der auf frischer That oder auf der Flucht ergriffene Verbrecher noch nach dem Rechte des späteren Mittelalters[71]) von einem ausserordentlichen Gerichte, welches aus der Mitte der auf den Hülferuf des Verletzten herbeigeeilten Personen bestellt wurde, abgeurtheilt werden durfte. Dass in der fränkischen Periode das Gleiche zulässig gewesen sei, ist von vorneherein wahrscheinlich, während der Mangel einer ausdrücklichen diesbezüglichen Bestimmung wohl daraus zu erklären ist, dass das Verfahren auf handhafter That in jener Zeit noch an die Selbsthülfe herangrenzte.[72]) Mit diesem Verfahren hatte nun die intertiatio das gemein, dass sie, wie die oben citirten Bestimmungen aus den Quellen des späteren Mittelalters unzweideutig ergeben, in ihren ersten Stadien ein im eminenten Sinne schleuniges Verfahren war. Es ist daher wohl denkbar, dass das älteste germanische Recht die sofortige Vornahme des Anefangs und die Litiscontestation dadurch zu ermöglichen suchte, dass es der trustis zu diesem Zwecke die Befugnisse des ordentlichen Gerichts übertrug. Da jedoch Näheres hierüber nicht bekannt ist, und weiter die Zuziehung der trustis bei der Einleitung des Anefangsverfahrens in den Quellen zwar als regelmässig stattfindend vorausgesetzt, aber nicht als nothwendiges Erforderniss hingestellt wird, muss die soeben versuchte Erklärung der oben citirten Bestimmungen des altfränkischen Rechts, obgleich sie alle in denselben enthaltenen Schwierigkeiten beseitigen würde, eine Hypothese bleiben.

[71]) Vergl. z. B. Sachsensp. I. c. 55 § 2— c. 57 und Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 10.

[72]) Vergl. unten § 5.

§ 4.

Die Passivlegitimation des Besitzers der gestohlenen Sache.

Bereits in den soeben erörterten Vorschriften über die Vorbereitung und Einleitung des Anefangsverfahrens soll nach der herrschenden Ansicht ein Beweis für die Duplicität desselben liegen. So heisst es bei Sohm[1]): „der Eigenthümer, welchem seine Sache abhanden gekommen ist, muss, um dieselbe vindiciren zu können, zunächst den jetzigen Besitzer derselben in Erfahrung bringen“, und an anderer Stelle[2]): „der deutschen Vindication ist es gerade eigenthümlich, mit der Sache den Dieb zu suchen.“ Daraus, dass die Sache gesucht, gegen den Besitzer der Sache geklagt wird, soll sich also nach Sohm und den meisten übrigen Schriftstellern[3]) ergeben, dass die Anefangsklage principaliter bürgerliche Klage ist und erst in zweiter Linie zur Ermittelung und Bestrafung des Diebes führt.

Diese Schlusssetzung ist nun in Wahrheit eine irrige, welche geeignet ist, die wissenschaftliche Behandlung der Anefangsklage von vorneherein auf eine falsche Bahn zu lenken. Die sogenannte „Passivlegitimation“ des Besitzers der von dem Kläger in Anspruch genommenen Sache ist allerdings das am meisten in die Augen fallende Merkmal, welches unser Rechtsinstitut mit einer dinglichen Klage, mit einer Klage um Gut gemein hat. Andererseits ist es aber völlig unbegreiflich, warum der Eigenthümer, wenn er wirklich „vindiciren“, d. h. gegen den gegenwärtigen Besitzer seiner Sache als solchen klagen will, in diesem Besitzer oder wenigstens mit diesem Besitzer zugleich den Dieb sucht. Eine derartige Verschmelzung zweier durchaus heterogener Arten der Rechtsverfolgung wäre eine Eigenthümlichkeit des altdeutschen Rechts, mit welcher dasselbe allein stehen würde.

Nichts Absonderliches, sondern etwas durchaus Verständliches und Natürliches ist es dagegen, wenn, wie wir annehmen, der Bestohlene, welchem lediglich oder wenigstens hauptsächlich an der strafrechtlichen Verfolgung des gegen ihn begangenen

[1]) Process S. 64.

[2]) a. a. O. S. 65 Anm. 4.

[3]) Wir verweisen an dieser Stelle auf die in der Einleitung mitgetheilten Aeusserungen aus der Literatur.

Delicts gelegen ist, zunächst die ihm entwendete Sache sucht. Der Diebstahl war ja zu allen Zeiten und ist noch heute ein Verbrechen, bei welchem der Thäter dem Verletzten regelmässig unbekannt ist. Im altgermanischen Rechte trat dieses thatsächliche Moment aus einem doppelten Grunde sogar mit besonderer Schärfe hervor. Einmal nemlich gehörte zum Thatbestande des Diebstahls das Merkmal der Heimlichkeit, d. h. „ein auf Unentdecktbleiben angelegtes Verfahren des Thäters", ein derartiges Nehmen der Sache, „dass es die Leute nicht sehen".[4]) Und weiter griff gegen den auf frischer That ertappten Dieb ein eigenartiges Verfahren, die Klage auf handhafter That, Platz.[5]) Wo die Voraussetzungen für dieses Verfahren nicht vorlagen, konnte es daher nur in Ausnahmefällen vorkommen, dass der Dieb dem Verletzten bekannt war, so z. B. wenn Ersterer bei der That gesehen worden war, sich aber der Fesselung durch die Flucht entzogen hatte.

Ist hiernach die Heimlichkeit im thatsächlichen und rechtlichen Sinne eine characteristische Eigenthümlichkeit des altgermanischen furtum, so producirt der Diebstahl auf der anderen Seite mit begrifflicher Nothwendigkeit ein Indicium, welches zur Ermittelung des Diebes führen kann: den Besitz der gestohlenen Sache. Freilich ist nun von vorneherein die Möglichkeit gegeben, dass der Dieb sich der Sache, welche ihn fortdauernd seiner That beschuldigt, entäussern und die Gewahrsam derselben auf einen Dritten übertragen wird; hieraus folgt aber nur, dass der Besitzer einer res furtiva nicht ohne Weiteres als Dieb angesehen werden kann. Nichtsdestoweniger ist die Feststellung des gegenwärtigen Inhabers der gestohlenen Sache unter allen Umständen das geeigneteste Mittel, um über die Person des Diebes Aufschluss zu erhalten; denn sie gewährt zum mindesten einen festen Anhaltspunkt, um in Erfahrung zu bringen, durch welche Hände die Sache seit ihrer Entwendung gegangen ist. Gerade der redliche Besitzer, welcher davon Kenntniss erhält, dass er eine *düve* unter sich habe, wird schon in seinem eigenen Interesse, um sich von jedem Verdachte, der ihn etwa treffen könnte, zu reinigen, Angaben über die Art und Weise seines Erwerbes

[4]) Köstlin a. a. O. S. 167 ff.; vergl. ferner auch Cropp a. a. O. S. 10 ff. Wilda a. a. O. S. 860 ff.

[5]) Vergl. unten § 5.

machen und den Bestohlenen in die Lage zu setzen suchen, den in Wahrheit Schuldigen zur Verantwortung zu ziehen. Dieser Weg der Nachforschung nach dem Diebe ist aber regelmässig auch der einzige, welcher dem Verletzten offen steht; denn ein durch andere thatsächliche Umstände begründeter Verdacht wird meistens erst dann eine feste Gestalt annehmen, wenn dargethan ist, dass sich die gestohlene Sache im Besitze der verdächtigen Person befindet oder befunden hat.[6])

Dass der Bestohlene seine Sache sucht, würde also selbst dann erklärlich sein, wenn er von vorneherein die Absicht hätte, sie dem redlichen Besitzer, bei dem er sie etwa finden möchte, zu überlassen, oder wenn die Rückforderung gestohlener Sachen aus dritter Hand durch einen positiven Rechtssatz ausgeschlossen wäre. Siegel[7]) verkennt daher die Bedeutung der Spurfolge, wenn er ein „vestigium persequi" und ein „latronem persequi" unterscheidet; denn, wer den Dieb verfolgen will, muss selbstverständlich auch der Sache und ihren Spuren, welche ja neben denen des Diebes herlaufen, nachgehen. Die Richtung des „vestigium minare" auf die Sache beruht eben auf rein thatsächlichen Gründen, welche nicht dem Rechte, sondern dem

[6]) Die von Heusler, Eigenthumsverfolgung, S. 17 a. E. 18. Gewere, S. 492 aufgestellte Hypothese über die Entwickelung des germanischen Processsystems, nach welcher „im ältesten Rechtszustande die Verfolgung von Fahrhabe wegen ihrer Unverträglichkeit mit dem Beitreibungsverfahren keine Stelle gefunden hätte, sondern nur die Delictsklage gegen den Dieb oder Räuber zulässig gewesen wäre", muss daher von vorneherein als unbegründet angesehen werden. Denn der Unterschied der von Heusler ausschliesslich als „Delictsklage" bezeichneten schlichten Strafklage von der Anefangsklage liegt eben darin, dass erstere auf Grund anderer Verdachtsmomente, als desjenigen, welches aus dem Besitze der gestohlenen Sache erwächst, angestellt wird. Hätte man nun, wie Heusler annimmt, in älterer Zeit „die Verfolgung von Fahrhabe" ausgeschlossen, so hätte der Bestohlene, da ihm die Verwerthung des wichtigsten zur Ermittelung des Diebes dienenden Ueberführungsstücks, nemlich der Sache, entzogen gewesen wäre, regelmässig nicht gewusst, an wen er sich wegen des verübten Diebstahls halten solle. Die schlichte Strafklage, die „inculpatio de suspectione", wie sie in dem Pactus pro tenore pacis Childeberti et Chlotharii regum c. 10 § 3 (Behrend-Boretius p. 103) genannt wird, setzt eben voraus, dass der Verletzer dem Verletzten bekannt ist; sie hat daher gerade bei der Diebstahlsverfolgung wahrscheinlich auch noch in historischer Zeit eine ziemlich geringe praktische Bedeutung gehabt.

[7]) a. a. O. S. 42 Anm. 1; dagegen Sohm, Process S. 65 Anm. 4.

Leben angehören. Einer Erklärung bedarf es daher nur, dass der Bestohlene, wenn er seine Sache wirklich gefunden hat, gegen den Besitzer derselben klagbar wird. Und hierin liegt allerdings eine Eigenthümlichkeit der Anefangsklage, deren Verständniss nicht schon durch solche allgemeine Erwägungen, sondern lediglich von dem Standpunkte des altgermanischen Processrechtes aus gewonnen werden kann.

Setzen wir nemlich den Fall, dass heutezutage Jemand einen gegen ihn verübten Diebstahl bei der Criminalpolizei angezeigt hat, und dass die gestohlene Sache durch die Bemühungen der letzteren entdeckt worden ist, so wird die Staatsanwaltschaft zu prüfen haben, ob sie gegen denjenigen, bei dem die Sache gefunden worden ist, vorgehen solle. Zu diesem Zwecke werden Erhebungen über die Person des Letzteren, über den von ihm behaupteten Erwerbsgrund u. A. angestellt werden, welche den aus dem Besitze der gestohlenen Sache erwachsenden Verdacht entweder unterstützen oder entkräften oder endlich zu der positiven Ueberzeugung führen, dass ein bestimmter Dritter der Schuldige sei. Gegen die Person, welche nach den Ergebnissen dieses Vorverfahrens genügend belastet erscheint, den in Frage stehenden Diebstahl begangen zu haben, wird dann das Hauptverfahren eröffnet werden. Niemandem wird es aber einfallen, einen unbescholtenen Mann bloss deshalb, weil er eine gestohlene Sache in seiner Gewahrsam gehabt hat, unter die Anklage des Diebstahls zu stellen.

Dem altgermanischen Gerichtsverfahren war nun eine von staatlichen Behörden geführte Voruntersuchung unbekannt[8]); vielmehr blieb es der Privatpartei überlassen, sich die für die Ermittelung und Ueberführung des Diebes erforderliche Information selbst zu verschaffen. Zu diesem Zwecke musste der Bestohlene mit dem processualischen Zwange ausgerüstet werden, welcher regelmässig und so auch bei dem Anefangsverfahren durch die Anstellung der Klage ausgeübt wurde. Hieraus ergiebt sich bereits, dass das Diebstahlsermittelungsverfahren[9]) im altgermanischen

[8]) Spuren einer solchen finden sich allerdings in einigen Bestimmungen, welche aber offenbar unter römischem Einflusse stehen, so z. B. in Lex Visigoth. VII. 2, 1. Edict. Liutpr. c. 81.

[9]) Nemlich das gerichtliche, welches sich an die Auffindung der Sache anschliesst.

Processe nicht wie im modernen vor, sondern nach die Klageerhebung fällt. Zur Erfüllung dieser Function diente nun der für die begriffliche Gestaltung der Anefangsklage durchaus grundlegende Gewährszug[10]), durch welchen es ermöglicht wurde, an Stelle des ursprünglichen Beklagten, der sich von dem Verdachte des Diebstahls gereinigt hatte, dessen Vorbesitzer als Partei in den Process hineinzuziehen. Da auch dieser wieder zur auctoris nominatio berechtigt und verpflichtet war, musste der Wechsel der an der Beklagtenrolle befindlichen Personen schliesslich dazu führen, dass ein Gewähre in den Process eintrat, welcher über seinen redlichen Erwerb keine Rechenschaft ablegen konnte und in Folge dessen als Dieb bestraft wurde. Hiernach könnte man das Anefangsverfahren als eine Fortsetzung der Spurfolge bezeichnen; denn die Sache bildet gewissermassen die Spur des Diebes, welche durch die Feststellung der Vormänner des gegenwärtigen Besitzers bis auf diesen zurückgeleitet wird.

Die soeben hervorgehobene Eigenthümlichkeit der Anefangsklage ist bereits von Anderen erkannt, aber gerade als ein Beweis für die „dingliche" Richtung der letzteren aufgefasst worden. Man argumentirt nemlich folgendermassen. Ist die Anefangsklage wirklich eine „intertiatio", ist sie also ihrer ganzen Anlage nach zur Ermittelung des Diebes bestimmt, so wird bei ihr auch begrifflich vorausgesetzt, dass der ursprüngliche Anefangsbeklagte dritter Besitzer der Sache sein könne. Dass die Passivlegitimation trotzdem unter allen Umständen durch den Besitz der gestohlenen Sache begründet werde, müsse demgemäss als Folge des in der Anefangsklage enthaltenen Anspruchs auf die Herausgabe der Sache aufgefasst werden. Hiermit stimme es auch überein, dass die Anefangsklage nicht dahin substantiirt werde, dass Beklagter der Dieb sei, sondern lediglich dahin, dass die in seinem Besitze befindliche Sache dem Kläger durch Diebstahl entzogen worden sei. Zur Verurtheilung und Bestrafung des Diebes führe das Anefangsverfahren dagegen nur dann, wenn sich in seinem Verlaufe Thatbestände ergeben, an welche die gesetzliche Präsumtion geknüpft sei, dass der Beklagte oder der letzte Gewähre den Diebstahl begangen habe.[11]) In dem Anefang selbst sei aber

[10]) Dieses Institut wird unten § 10—12 ausführlicher behandelt werden.

[11]) Vergl. insbes. Köstlin a. a. O. S. 364 ff., welcher die „Präsumtionen", die das deutsche Recht gegen den Besitzer der gestohlenen Sache und gegen

höchstens eine eventuelle Diebstahlsbeschuldigung enthalten, welche sich alternativ gegen den gegenwärtigen Inhaber der intertiirten Sache oder dessen Vormänner richte und lediglich ein Accessorium des reipersecutorischen Anspruchs bilde.[12])

Es soll nun zugegeben werden, dass diese Auffassung unseres Rechtsinstituts durch die Quellen nahegelegt wird. Der Gewährszug ist nemlich in den Volksrechten für das Anefangsverfahren in dem Grade characteristisch, dass er den durchaus regelmässigen Verlauf desselben darstellt und ihm, wie bereits oben[13]) bemerkt, sogar seinen Namen gegeben hat. Der Anefangskläger wird also zweifellos in zahlreichen Fällen nicht bloss nicht die positive Ueberzeugung gehabt haben, dass der von ihm in Anspruch genommene Besitzer der gestohlenen Sache der Dieb sei, sondern im Gegentheil erwartet haben, dass derselbe seinen Besitz legitimiren und sich von jedem Verdachte reinigen werde. Hierin liegt aber wieder ein rein thatsächliches Moment, welches zwar die Erklärung für manche äusserliche Eigenthümlichkeiten unseres Rechtsinstituts bietet, aus dem man aber mit Unrecht juristische Schlussfolgerungen gezogen hat. Denn vom juristischen Standpunkte aus betrachtet, kann m. E. überhaupt kein Zweifel darüber obwalten, dass die Anefangsklage eine direct gegen den ursprünglichen Beklagten gerichtete Diebstahlsbeschuldigung enthält. Das geht einfach daraus hervor, dass der Letztere, wie heute allgemein anerkannt ist, durch den Anefang verpflichtet wird, seine Unschuld an dem von dem Kläger behaupteten Diebstahl darzuthun. Wir erinnern an die bereits oben[14]) citirten Bestimmungen des salischen und ribuarischen Volksrechts, in welchem von den Anefangsbeklagten, welcher seinen Gewähren gestellt hat, gesagt wird: „exuit se de latroci-

den leugnenden Auctor aufstellt, aus dem odium furum erklärt. — Nach Carlin a. a. O. S. 46 verwandelt sich die Anefangsklage erst dem letzten Gewähren, der seinen Besitz nicht legitimiren kann, gegenüber in eine peinliche Klage aus dem Diebstahl.

[12]) So die Mehrzahl derjenigen Schriftsteller, welche die strafprocessualische Function der Anefangsklage überhaupt berücksichtigen. Vergl. insbes. Stobbe, Kritische Vierteljahresschrift, Bd. XI. S. 243 und Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. II. S. 615 Anm. 9. Laband a. a. O. S. 102.

[13]) S. 48. 49.

[14]) S. 39. 40.

nio", „de furto securus sit", sowie an die Eingangsworte des Eides, durch welchen nach langobardischem Rechte die Einrede des Marktkaufs beschworen wird: „quod nec fur sit, nec collega furoni." Ist Beklagter aber genöthigt, sich in dieser Art zu vertheidigen, so ist es auch selbstverständlich, dass er, wenn er dieser Verpflichtung nicht nachkommt oder den von ihm angetretenen Beweis nicht erbringt, als Dieb angesehen und bestraft wird. Worauf sollte diese Folge aber zurückgeführt werden, wenn nicht auf den Anefang und eine in ihm liegende Beschuldigung, deren Inhalt sich mit dem Inhalte der Vertheidigung deckt? Der Umstand, dass eine derartige Beschuldigung nicht mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen wird, kann doch wahrlich nicht in Betracht kommen. Es ist bereits nach dem oben Bemerkten so leicht begreiflich, dass man bei der Anstellung der Anefangsklage eine gewisse Scheu hatte, die Frage, um die es sich handelte, mit voller Schärfe zu fixiren. Der zunächst in Anspruch genommene Beklagte schied gewiss in so zahlreichen Fällen völlig gerechtfertigt aus dem Processe aus, der Anefang wurde gewiss so häufig von dem Kläger selbst lediglich zu dem Zwecke erhoben, um durch den Gewährszug den Dieb in einen ihm unbekannten Dritten zu ermitteln, dass man es gern vermied, einen Verdacht gegen eine bestimmte, lediglich durch den Besitz der gestohlenen Sache belastete Person zu äussern. Setzen wir aber gar den Fall, dass der Kläger bei der manus immissio dem Beklagten die Versicherung giebt, dass er an seiner Unschuld keinen Zweifel habe und ihn mit höflichen Worten bittet, ihm bei der Entdeckung des Diebes behülflich zu sein, so würde selbst hierdurch nichts geändert werden. Vielmehr wird man, da diese Aufforderung kraft objectiven Rechts unter dem Präjudiz erfolgt, dass Beklagter bei Nichtgestellung des Gewähren oder beim Misslingen des Reinigungsbeweises in die Diebstahlsstrafe verfällt, annehmen müssen, dass auch in diesem Falle juristisch eine direct gegen den Besitzer der gestohlenen Sache gerichtete Diebstahlsbeschuldigung vorliege. Der Gewährszug steht eben auf der Seite der Vertheidigung und kann deshalb für die Feststellung des Inhalts der Klage nicht massgebend sein. Die Theorie, nach welcher der Anefangskläger alternativ den ersten Beklagten oder dessen Vorbesitzer des Diebstahls bezichtigt, ist demgemäss schon deshalb unrichtig, weil sie das Resultat, zu welchem die Anefangsklage in Folge einer dem Beklagten vor-

gebrachten Einrede unter Umständen führen kann, in die Begriffsbestimmung derselben hineinzieht.[14a]) Wie die in dem Anefang enthaltene Diebstahlsbeschuldigung aber gar als eine „eventuelle" oder „bedingte" aufgefasst werden soll, ist m. E. vollständig unerfindlich. Mit gleichem Rechte könnte man daraus, dass nach altgermanischem Rechte der Kläger bei der Klageerhebung an den Beklagten die Aufforderung richten darf, entweder den Reinigungsbeweis zu erbringen oder die compositio zu zahlen, den Schluss ziehen, dass auch in jeder anderen Strafklage nur ein eventueller Vorwurf (nemlich für den Fall, dass Beklagter denselben nicht widerlegt) enthalten sei.

Weiter — und hierauf ist ein besonderes Gewicht zu legen — basirt die herrschende Ansicht insofern auf einer unrichtigen Voraussetzung, als sie annimmt, zur Substantiirung der Anefangsklage genüge die Behauptung, dass die mit Anefang belegte Sache eine dem Kläger gestohlene oder wider Willen abhanden gekommene sei. So sagt z. B. Siegel[15]): „Die manus missio

[14a]) Nur insofern muss dieser Ansicht eine gewisse Berechtigung zuerkannt werden, als die in dem Anefang enthaltene Beschuldigung gegen den ersten im Besitze der gestohlenen Sache angetroffenen Beklagten von vorneherein die Fähigkeit in sich schliesst, auf die etwaigen Vormänner desselben übertragen zu werden. Mit besonderer Deutlichkeit tritt dieses Moment in denjenigen Quellen hervor, welchen eine Wiederholung des Anefangs gegen den eintretenden Gewähren unbekannt ist, vorzüglich aber in den süddeutschen Bestimmungen, nach denen zunächst der Anefangskläger die *düve* auf den ersten Beklagten „schiebt", und Letzterer sie dann auf seine Vormänner weiterschiebt. Bei Berücksichtigung derartiger Anordnungen könnte man vielleicht nicht mit Unrecht behaupten, dass die in dem Anefang enthaltene Diebstahlsbeschuldigung gegen den Besitzer der intertiirten Sache als solchen gerichtet ist, eine Annahme, welche auch dadurch unterstützt wird, dass bei dem Wechsel der an der Beklagtenrolle befindlichen Personen der Besitz der streitigen Sache von dem ursprünglichen Beklagten auf seine Vormänner zurückübertragen wird. (Vergl. das Nähere hierüber unten § 11.) — Hieraus würde aber nichts Anderes folgen, als die im Text hervorgehobene Thatsache, dass der Besitz der gestohlenen Sache dasjenige Verdachtsmoment ist, welches zur Erhebung der Anefangsklage gegen die bestimmte im Besitze befindliche Person Anlass giebt. Dagegen wäre der Schluss unbegründet, dass die Anefangsklage deshalb, weil die Diebstahlsbeschuldigung an der Sache haftet, eine dingliche Klage (im engeren oder weiteren Sinne) sei. Liegt doch bereits in der Annahme, dass die Anefangsklage zur Ermittelung des Diebes bestimmt ist, das Zugeständniss, dass sie principaliter einem strafprocessualischen Zwecke dient.

[15]) a. a. O. S. 91.

ist eine unter einer wahrzeichnenden Handlung aufgestellte Behauptung des Eigenthums, in der eine bedingte Diebstahlsbeschuldigung sich birgt, sachlich aber nicht formell eine Klage mit dem angegebenen Inhalt. Unmittelbar ist der Wille des Eigenthümers nur auf die Sache gerichtet, allein durch den Bezug auf die Art ihrer Entziehung beschuldigt er mittelbar und bedingt den Besitzer des Diebstahls“. Auch diesen Sätzen liegt eine irrige Auffassung zu Grunde. Zugegeben muss freilich werden, dass die Angabe, die intertiirte Sache sei eine *düve*, einen wesentlichen Bestandtheil des in dem Anefang enthaltenen thatsächlichen Vorbringens bildet; denn darüber, dass es eine characteristische Eigenthümlichkeit der Anefangsklage ist, dass sie nur gegen eine im Besitze der gestohlenen Sache befindliche und durch diesen Besitz der Thäterschaft oder Theilnahme an dem Diebstahl verdächtigte Person angestellt werden darf, ist ja ein Zweifel vollständig ausgeschlossen. Dagegen fehlt jeder Anhalt für die Annahme, dass der Anefang ausschliesslich zur Geltendmachung jener Behauptung diene, oder dass sich der directe und unmittelbare Inhalt der Anefangsklage in der letzteren erschöpfe. Bereits aus unseren früheren Ausführungen[16]) ergiebt sich nemlich, dass die Form des Anefangs als eines lediglich symbolischen Acts unmöglich den Schluss rechtfertigen kann, dass sich auch das Petitum des Anefangsklägers nur auf die Sache richte. Weiter muss jetzt mit voller Schärfe hervorgehoben werden, dass die weitverbreitete und fast unbestritten herrschende Ansicht[17]), der Inhalt des von dem Anefangskläger abzuleistenden Eides decke sich mit dem Inhalt der Anefangsklage, zum mindesten für die Zeit der Volksrechte nicht zutrifft. Gegen diese Auffassung spricht zunächst schon das mehr äusserliche Moment, dass der Schwur des Klägers nach ribuarischem Rechte[18]) der Einlassung des Beklagten zeitlich nachfolgt und nach langobardischem Rechte[19]) sogar am Schlusse des ganzen Verfahrens steht. Das entscheidende Argument gegen die herr-

[16]) Oben S. 50 ff.

[17]) Sohm, Process, S. 74 bezeichnet den Eid des Anefangsklägers als Bestandtheil der Anefangshandlung, v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 42 Anm. 8 als Formel der Anefangsklage.

[18]) Lex Ribuar. 33 c. 1. Vergl. oben S. 49 Anm. 28.

[19]) Langobardische Formel zu Capitul. Otton. I. c. 7 (Monum. Germ. histor. Leg. t. IV. p. 578) am Schlusse.

schende Ansicht liegt aber darin, dass jener Eid, wie aus den Volksrechten mit positiver Bestimmtheit nachgewiesen werden kann [20]), seiner ursprünglichen Bedeutung nach ein iuramentum calumniae ist. Ein solcher Voreid, welcher den guten Glauben des Klägers bei Erhebung der Klage darthun soll, wird aber häufig nicht direct auf die Klagebeschuldigung, sondern auf die objectiven Gründe, auf welchen der Verdacht des Klägers ruht, gerichtet. [21]) Das Verdachtsmoment, welches den Anefangskläger zur Anstellung der Klage gegen den bestimmten von ihm in Anspruch genommenen Beklagten veranlasst, ist nun die Thatsache, dass Beklagter sich im Besitze der entwendeten Sache befindet. Beschwört daher der Kläger, dass die mit Anefang belegte Sache sein sei und ihm durch Diebstahl entzogen worden sei, so folgt daraus zum mindesten, dass er den Besitzer derselben nicht aus blossem Muthwillen des Diebstahls bezichtigt. Die „Abwesenheit der Gefährde oder der Motivlosigkeit“ [22]) ist aber nach germanischer Anschauung bereits eine genügende Rechtfertigung der Klageerhebung, und es ist daher garnicht erforderlich, dass der Kläger auch die positive Ueberzeugung, dass Beklagter der Dieb sei, ausspricht. [23]) Demgemäss steht die Fassung jenes Eides mit der von uns vertretenen Ansicht über das Fundament der Anefangsklage keineswegs in Widerspruch. Eine wirkliche Substantiirung der letzteren findet dagegen, soweit uns bekannt ist, in der Zeit der Volksrechte überhaupt nicht statt; die Anefangsklage wird eben nicht „mit Worten auf den Gegner gesprochen“, sondern durch eine symbolische Handlung erhoben. Bei dieser Sachlage sind wir aber nicht bloss berechtigt, sondern sogar gezwungen, den In-

[20]) Vergl. unten § 7 das Nähere hierüber.

[21]) Vergl. R. Loening, Reinigungseid, S. 306.

[22]) R. Loening a. a. O. S. 305 Anm. 13. 14.

[23]) Das objective Recht gewährt also dem Bestohlenen in Rücksicht darauf, dass der wahre Dieb regelmässig unbekannt ist, die Befugniss, denjenigen, in dessen Gewahrsam er die gestohlene Sache antrifft, solange als Dieb anzusehen, bis derselbe sich durch den Beweis des redlichen Erwerbes gereinigt hat. Dass bei der gegen den Besitzer einer gestohlenen Sache angestellten Diebstahlsklage eine dolose Handlungsweise des Klägers als ausgeschlossen erschien, ergiebt sich auch daraus, dass Letzterer nur dann in Busse verfiel, wenn nicht bloss die Unschuld des ersten von ihm in Anspruch genommenen Beklagten dargethan, sondern weiter auch nachgewiesen war, dass die intertiirte Sache dem Kläger überhaupt nicht durch Diebstahl entfremdet worden sei. Vergl. hierüber unten § 7.

halt der Anefangsklage in der Art festzustellen, dass wir prüfen, welche thatsächlichen Behauptungen der Beklagte durch seine Vertheidigung zu widerlegen sucht. Da nun die Beweisführung der letzteren, wenn nicht ausschliesslich, so doch in erster Linie darauf hinzielt, den Verdacht der Thäterschaft oder Theilnahme an dem mit der Klage gerügten Diebstahl als unbegründet darzustellen, so dürfte der Schluss, dass die Anefangsklage ausser der Angabe, die intertiirte Sache sei eine *düve*, auch die Diebstahlsbeschuldigung gegen den gegenwärtigen Besitzer der letzteren enthalte, unabweislich sein.

In der That ist denn auch von einigen Schriftstellern[24]) ausdrücklich anerkannt worden, dass der Anefangskläger den Besitzer der gestohlenen Sache als präsumtiven Dieb in Anspruch nimmt; die schwerwiegenden Consequenzen, welche sich aus diesem Satze für die principielle Würdigung der Anefangsklage ergeben, hat man dagegen nirgends mit voller Schärfe gezogen. Ist es richtig, dass die Diebstahlsbeschuldigung mit dem Anefang untrennbar verbunden ist, so folgt hieraus mit logischer Nothwendigkeit, dass die Anefangsklage, selbst wenn sie im concreten Falle gegen einen redlichen Drittbesitzer gerichtet wird, im Sinne des Anefangsklägers dennoch eine persönliche Klage und zwar eine Strafklage ist. Dass der Beklagte Dritter ist, wird nemlich erst durch seine Vertheidigung festgestellt; das Begehren des Klägers geht dagegen in allen Fällen dahin, den Beklagten als Dieb zur Zahlung der Diebstahlsbusse und zur Herausgabe der Sache zu verurtheilen. Es würde mit dem der Anefangsklage zu Grunde liegenden Princip in Widerspruch stehen, wenn der Bestohlene von vorneherein gegen den Besitzer der entwendeten Sache als solchen, d. h. ohne Rücksicht auf die persönliche Verpflichtung, welche aus dem an der Sache begangenen Delict nascirt, vorgehen und von ihm ausschliesslich Rückgabe der *düve* verlangen wollte. Die Abweichung der

[24]) Cropp a. a. O. S. 282: „Wenn nämlich der Bestohlene die entwendete Sache in der Were von Jemanden findet, so konnte er diesen in der Regel als seinen präsumptiven Dieb ansehen und als solchen in Anspruch nehmen"; v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 15: „Ist die Sache ihm aber gegen seinen Willen abhandengekommen, so klagt er gegen jeden dritten Besitzer als vermeintlichen Dieb oder Räuber." Aehnlich Walter, Rechtsgeschichte, S. 577 ff., insbes. S. 581 Anm. 2 und Zoepfl, Rechtsgeschichte, Bd. III. S. 199 ff.

Anefangsklage von der gewöhnlichen Diebstahlsklage liegt also lediglich darin, dass erstere auch dann, wenn der zunächst in Anspruch genommene Beklagte seine Unschuld an dem mit der Klage gerügten Diebstahl dargethan hat, mit einer Verurtheilung endigen kann. In dem wichtigsten Falle, in welchem dieser Erfolg eintritt, nemlich beim Gewährszuge, könnte freilich selbst das Vorhandensein dieser Verschiedenheit in Abrede gestellt werden. Wie sich unten [25]) zeigen wird, betrachten nemlich die Quellen die Forsetzung des Anefangsverfahrens gegen den Gewähren als eine neue Klage: der erste Beklagte wird losgesprochen [26]), und der Kläger „*vordirt*" jetzt unter Wiederholung der manus immissio das Gut „*andirweidi*" [27]) von dem in den Process eingetretenen Auctor. Immerhin muss anerkannt werden, dass die Thatsache, dass das Anefangsverfahren zur Wiedererlangung gestohlener Sachen aus der Hand eines an dem Diebstahl nicht betheiligten Dritten führt, durch die vorstehenden Erörterungen noch nicht genügend erklärt wird. Bevor wir die Gründe für die diesbezüglichen in den Quellen enthaltenen Entscheidungen aufgedeckt haben, werden wir also die Möglichkeit, dass die letzteren auf dem Inhalt der Anefangsklage beruhen und mit demselben conform sind, nicht ausschliessen können. Aber selbst wenn wir finden würden, dass durch die Anefangsklage neben dem persönlichen Anspruche gegen den Dieb auch ein „dinglicher" Rückforderungsanspruch geltend gemacht wird, könnten wir uns mit der herrschenden Ansicht nicht einverstanden erklären. Das Verhältniss, welches zwischen diesen beiden Bestandtheilen der Anefangsklage obwalten würde, würde sich nemlich, wenn unsere obigen Ausführungen richtig sind, ganz anders gestalten, als man bisher angenommen hat. Erhebt der Anefangskläger durch die Handauflegung auf die Sache die Diebstahlsbeschuldigung gegen den Inhaber der letzteren, so ist auch der mit dem Anspruch auf Busse verbundene reipersecutorische Anspruch principaliter ein persönlicher. Das etwaige weitere Begehren des Klägers, den Beklagten unter allen Umständen, auch wenn er redlicher Drittbesitzer ist, zur Herausgabe der Sache zu verurtheilen, würde dagegen als ein eventuelles erst in

25) § 10 ff.

26) Vergl. Richtst. Landr. c. 13 § 3. c. 14 § 6.

27) Rechtsb. von Mühlhausen bei Förstemann, Neue Mittheilungen, Bd. VII. S. 87.

zweiter Linie in Betracht kommen. Abweichend von der herrschenden Ansicht, welche die Bestrafung des Anefangsbeklagten oder des letzten Gewähren gewissermassen als eine im Rahmen des „dinglichen" Rechtsstreits ergehende Incidententscheidung betrachtet, könnte also gerade umgekehrt die Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe der Sache aus einem anderen als dem ursprünglichen Klagegrunde als eine zufällige Folge des Anefangsverfahrens angesehen werden, welche bei der begrifflichen Würdigung desselben ausser Betracht zu lassen ist. Es wird unten dargethan werden, dass in einem Theile der Fälle, in welchem der Anefangskläger mit seinem reipersecutorischen Anspruche obsiegt, obgleich der Beklagte die Diebstahlsbeschuldigung widerlegt hat, überhaupt kein Zweifel darüber obwalten kann, dass die Entscheidung, welche dem Kläger die Sache zuspricht, nicht auf dem Klagegrunde beruht. Die Annahme, dass das Gleiche auch in den übrigen Fällen und insbesondere dann zutreffe, wenn die gestohlene Sache sich zur Zeit der Klageerhebung in dritter Hand befindet, hat also von vorneherein eine hohe Wahrscheinlichkeit für sich.

Vorläufig beschränken wir uns darauf, aus den vorstehenden Erörterungen den Schluss zu ziehen, dass aus der sogenannten „Passivlegitimation" des Inhabers einer individuellen Sache ein Argument für die Auffassung der Anefangsklage als einer bürgerlichen Klage um Gut nicht entnommen werden kann. Diese Eigenthümlichkeit unseres Rechtsinstituts erklärt sich vielmehr bei unbefangener Prüfung der Quellen in viel einfacherer Art aus der strafprocessualischen Bedeutung, welche dem Besitze der *düve* für die Ermittelung und Ueberführung des Diebes zukommt. Die modernen Schriftsteller haben dieses deshalb verkannt, weil sie die Anefangsklage als eine „actio" im römischen Sinne behandelten[28]),

[28]) Dass der römische Begriff der actio in dem Sinne von materiellem Klagerecht dem deutschen Rechte fremd ist, hat bereits Laband a. a. O. S. 1 ff. unwiderleglich dargethan. Bei der Lehre von der Anefangsklage ist es von ganz besonderer Wichtigkeit, auf diese Verschiedenheit der beiden Rechtssysteme hinzuweisen, da die irrigen Anschauungen, welche in früherer Zeit über unser Rechtsinstitut verbreitet waren, hauptsächlich auf den Umstand zurückzuführen sind, dass man daraus, dass der Anefangskläger gegen den Besitzer der *düve* klagt, den Schluss zog, dass er auch ein Klagerecht gegen denselben haben müsse. In Wahrheit ist aber die Anefangsklage eine Klage im processualischen Sinne, bei welcher es begrifflich keineswegs ausgeschlossen ist, dass sie im concreten Falle gegen den unrechten

während dieselbe in Wahrheit eine Processform, und zwar diejenige Diebstahlsklage ist, welche auf Grund des aus dem Besitze der gestohlenen Sache hervorgehenden Verdachtsmoments erhoben wird, und, wie in den nächsten Paragraphen dargethan werden soll, hauptsächlich durch ein eigenthümliches Beweisverfahren, in welchem dieses Indicium in zweckentsprechender Weise verwerthet wird, von der gewöhnlichen Diebstahlsklage unterschieden ist. Der richtigen Ansicht ist dagegen bereits der langobardische Jurist, welcher in der Glosse zu zwei dem Liber Papiensis angehörigen das Anefangsverfahren betreffenden Stellen[29]) bemerkt: „actio furti concepti“, nahe gekommen; denn dass die altgermanische intertiatio dieser römischen Klageform erheblich näher steht, als der römischen rei vindicatio, ist unzweifelhaft.

§ 5.

Anefang und handhafte That.

Die oben[1]) geschilderten auf die Ermittelung der Sache und des Diebes zielenden Massregeln fallen natürlich als überflüssig fort, wenn der Dieb bei Begehung des Verbrechens ertappt wird. In diesem Falle tritt das Verfahren auf handhafter That ein, welches nicht mit dem Anefang der Sache, sondern mit der Ergreifung der Person des Thäters beginnt. Der Verletzte, welcher den Dieb „super res suas comprehendit“ [2]), erhebt das bereits in dem alten Rechte der chamavischen Franken[3]) erwähnte Waffen-

Beklagten gerichtet wird. Dass nun der Besitzer der gestohlenen Sache, wenn er nicht der Dieb ist, in gewisser Beziehung als „unrechter Beklagter“ bezeichnet werden kann, und dass weiter der Gewährszug den Zweck hat, an Stelle dieses unrechten Beklagten den rechten Beklagten, nemlich den Dieb, zur Antwort zu zwingen, hat bereits Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 383 ff. ausgeführt. Vergl. unten § 10—12.

[29]) Glosse zu Edict. Rothar. c. 232 (Monum. Germ. hist. Leg. t. IV. p. 358): „actio concepti per usum tractum a lege Romana“ und zu Capitul. Otton. I. c. 7. (ibid. p. 578): „actio concepti hic est.“

[1]) § 3 (S. 44 ff.).

[2]) Lex Ribuar. (Sohm) c. 77.

[3]) Lex Franc. Chamav. (Sohm) c. 37. Form. Sirmond. Nr. 30. (Rozière Nr. 491).

geschrei (Gerüchte, Gerüfte, Zetergeschrei), um die Nachbarn oder andere in der Nähe befindliche Personen zur Hülfeleistung und Kenntnissnahme herbeizuziehen. Demnächst wird der Dieb geknebelt, wofür die Volksrechte und Capitularien als technischen Ausdruck „ligare“ [4]) gebrauchen, und vor Gericht geschleppt. Das hier eintretende Verfahren hat die characteristische Eigenthümlichkeit, dass lediglich der Kläger zum processualischen Handeln gelangt, während die Vertheidigung des Beklagten entweder völlig ausgeschlossen oder doch auf ein äusserst geringes Mass eingeschränkt ist. Vergl.:

> Lex Ribuar. 41 c., 2 (Sohm). Si quis a contubernio probabiliter legatus super res alienas fuerit, eum ad excusationem non permittimus. [5])

Es ist nun neuerdings von Planck [6]) die Ansicht aufgestellt worden, dass die Anefangsklage in älterer Zeit in nahem Zusammenhange mit dem Verfahren auf handhafter That gestanden habe, und dass gerade in diesem Zusammenhange ihr historischer Ursprung zu suchen sei. Planck hat für diese Behauptung zwar keinerlei Beweis erbracht; dieselbe verdient aber schon deshalb Beachtung, weil Quellenaussprüche aus der Zeit des späteren Mittelalters in der That eine derartige Entwicklung vermuthen lassen. So behandelt beispielsweise der Sachsenspiegel die Anefangsklage in unmittelbarem Anschlusse an das Verfahren auf handhafter That und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf dasselbe.

> Sachsensp. II, 35. Die hanthafte dat is dar, svar man enen man mit der dat begript, oder in der vlucht der dat etc. 36. Sve so over den anderen dach sine düve oder sinen rof under enen manne vint den ne mach man nener hanthaften dat sculdegen wan mit

[4]) Vergl. insbesondere Lex Salic. 32 „de ligaminibus ingenuorum“ und Lex Ribuar. 41. 77. — Ueber das Verfahren auf handhafter That im Allgemeinen vergl. Sohm, Process, S. 134 ff. Siegel, Gerichtsverfahren, S. 78 ff. Cropp a. a. O. S. 362 ff. Wilda a. a. O. S. 882 ff. Grimm, Rechtsalterthümer, S. 876. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 765 ff. Eschenburg, Dissert. de delicto manifesto iure Saxonico. Berol. 1866.

[5]) In den Quellen des späteren Mittelalters finden sich ähnliche Bestimmungen z. B. in Sachsensp. III, 35 § 1. Sächsisch. Weichbildrecht (Daniels et Gruben) c. 111. Magdeburg.-Görlitzer Recht v. 1304 Art. 97 (Gaupp, Magdeb.-Hallisch. Recht, S. 302.)

[6]) Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 824. Vergl. oben S. 26.

des richteres orlove mut he sin gut wol anevangen mit rechte.

Weiter kommt in Betracht, dass die Klage auf handhafter That nicht bloss dann Platz griff, wenn der Dieb auf der That selbst oder auf der Flucht festgenommen worden war; sie konnte vielmehr gegen denjenigen, welcher im Besitze der gestohlenen Sache betroffen wurde, auch unter anderen Voraussetzungen erhoben werden. Von den hierher gehörigen Fällen werden in den Quellen der fränkischen Periode die folgenden erwähnt.

I. Die gestohlene Sache wird bei der Haussuchung unter Verschluss gefunden.

> Pact. pro ten. pac. Childeb. et Chloth. reg. c. 10 § 1. (Behrend-Boretius p. 103). Si quis in alterius domum ubi clavis est furtum invenerit, dominus domus de vita conponat.[7])

Dieser kurze Satz besagt ein Zwiefaches. Einmal nemlich, dass der Herr des Hauses, in welchem die Sache unter Verschluss gefunden wird, als Dieb angesehen werden, und zweitens, dass ihn die Strafe des handhaften Diebstahls treffen soll.[8]) Aehnliche Bestimmungen finden sich auch in zahlreichen Rechtsquellen des späteren Mittelalters[9]), in denen übrigens ausdrücklich hervorgehoben wird, dass in diesem Falle die Voraussetzungen

[7]) Vergl. Cropp a. a. O. S. 364 ff. 396. Wilda a. a. O. S. 887. 904. Köstlin a. a. O. S. 198. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 767. 768.

[8]) Letzteres ergiebt sich aus § 2 ibid.: „si quis cum furtum capitur, antedictae subiaceat legem."

[9]) Vergl. Sachsensp. II, 35: „Die hanthafte dat ist dar, svar man düve oder rove in sinen geweren hevet, dar he selve den slotel to dreget, it ne si so klene, dat man't in en venster steken moge." — Ferner Richtst. Landr. 40 § 4. Blume des Sachsensp. II, 16 bei Homeyer, Richst. Landr., S. 372 ff. Sächsisch. Weichbildr. c. 102 § 2 (Daniels u. Gruben, Rechtsdenkmäler des deutschen Mittelalters Bd. I. S. 161. 162.) Magdeb.-Görlitzer Recht v. 1304. Art. 82. (Gaupp, Magdeb.-Hallisch. Recht, S. 297.) Glogauer Rechtsbuch c. 530. 532 (Wasserschleben S. 64). Görlitzer Landr. c. 35 § 6. Rechtsb. nach Distinct. IV, 9 dist. 3. Prager Rechtsb. c. 181 § 6. Bremer Statuten v. 1303 c. 73. Hamburger Statuten v. 1270. XII, 4; v. 1292 P. IV; v. 1497 O. XX. Billwärder Recht Art. 24 (Lappenberg, Hamburg. Rechtsalterthümer, S. 329.) Statuten v. Verden, Art. 150. Statuten v. Stade XI. Art. 4 (Puffendorf, Observ. Append. t. I. p. 125. 225). Deutschensp. c. 144 (?). Jus. Slesvic. antiq. § 21 (Ancher, Farrago Legum p. 6). Jus. Slesvic. recent. c. 27 (ibid. p. 113).

für das Verfahren auf handhafter That vorliegen. Nach dem späteren Rechte gilt jedoch nicht mehr der Herr des Hauses als Dieb, sondern diejenige Person, welche den Schlüssel zu dem Behältnisse, in dem die Sache entdeckt wird, innehat.[10]) Auch scheint für die Mehrzahl der mittelalterlichen Quellen angenommen werden zu müssen, dass eine praesumtio iuris et de iure gegen den Schlüsselträger nur dann eintrat, wenn die That nicht übernächtig geworden war.[11]) [12])

II. Dem Spurfolgenden, welcher eine Haussuchung vornehmen will, wird der Eintritt in das Haus verweigert.[13]) Von diesem Falle handeln das ribuarische, das burgundische und das bairische Volksrecht.

> Lex Ribuar. 47 § 2. Quod si in domo fuerit, et ei scludinium, cuius est domus, contradixerit, ut fur habeatur. § 3. Quod si ibidem violenter ingressus fuerit, ter quinos solidos multetur, aut cum 6 iurit.

Aus den Worten des § 2: „ut fur habeatur"[14]) geht mit voller Deutlichkeit hervor, dass auch an den hier dargelegten Thatbestand eine praesumtio iuris et de iure geknüpft wird, kraft deren der Herr des Hauses als Dieb angesehen werden soll. Fraglich kann nur sein, ob diese Vermuthung bereits bei der

[10]) Nach den soeben citirten Bestimmungen des schleswigischen Rechtes wird allerdings der „hospes" (der Hauswirth) als Dieb bestraft.

[11]) Planck a. a. O. Bd. I. S. 767 folgert dieses daraus, dass der der oben citirten Stelle des Sachsenspiegels unmittelbar folgende Art. 36 mit den Worten beginnt: „Sve so over den anderen dach sine düve oder sinen rof under enen manne vint". Zwingend ist dieses Argument jedoch nicht, da Art. 36 das Verfahren auf handhafter That nach eingetretener Uebernächtigkeit nur dann für ausgeschlossen erklärt, wenn der Besitzer der gestohlenen Sache dieselbe unverhohlen gehalten hat. Jedenfalls dürfte es unrichtig sein, wenn Wilda a. a. O. S. 904 Anm. 4 auf Grund von Lex Salic. 37 etwas Aehnliches für das älteste Recht behauptet.

[12]) In einem Theile der Quellen des späteren Mittelalters, welche die in Anm. 9 citirte Bestimmung des Sachsenspiegels wiedergeben, wird der den Schlüsselträger betreffende Passus dieser Stelle, augenscheinlich absichtlich, ausgelassen; nach anderen wird, auch wenn die Habe nicht so klein ist, dass sie durch das Fenster geschoben werden konnte, der Beweis, dass die Sache ohne Wissen des Schlüsselträgers in die Gewahrsam desselben gebracht worden sei, zugelassen. Vergl. hierüber das Nähere unten § 6.

[13]) Vergl. hierzu oben S. 46 ff.

[14]) Grimm, Rechtsalterthümer, S. 639 Anm. **) nimmt allerdings an, dass in diesen Worten die Strafe der Ehrlosigkeit angedroht wird.

Verweigerung der Haussuchung oder erst dann eintritt, wenn nach geschehener Verweigerung die gestohlene Sache wirklich in dem Hause gefunden wird. Siegel[15]) und Sohm[16]) entscheiden sich für die erstere Alternative und stützen sich dabei auf das kategorische Verbot der Haussuchung in § 3 der obigen Stelle. Andererseits muss aber berücksichtigt werden, dass der § 2 h. t. mit den Worten: „si in domo fuerit" beginnt, und dass diese Worte, wie die Vergleichung des Vorhergehenden[17]) ergiebt, nur auf die gestohlene Sache bezogen werden können. Nichtsdestoweniger möchte ich Sohm und Siegel beipflichten, da der gedachte Passus wohl auch in der Art erklärt werden kann, dass der Gesetzgeber aus dem von ihm vorausgesetzten Sachverhalte den Schluss zieht, dass sich die Sache wirklich in dem Hause befinde, und dieses dann als Thatsache hinstellt.

Zweifellos schon bei Verweigerung der Haussuchung entsteht die gedachte Präsumtion nach burgundischem Rechte, welches im Uebrigen die gleichen Rechtsfolgen an diesen Thatbestand knüpft und nur noch anordnet, dass diejenige Person, von welcher die Weigerung ausgeht, also nicht in allen Fällen der Hausherr als Dieb bestraft werden solle.

> Lex Burgund. XVI. 1. (Monum. Germ. hist. leg. t. III. p. 539). Quisquis vestigium de quolibet animali secutus fuerit, et ad domum alterius vestigio deducente pervenerit, ac si eum (is), ad cuius domum venerit, prohibuerit domum suam intrare ad res suas requirendas pro hoc quod reposcit, is qui eum de domo sua ab inquisitione repulerit, pro fure teneatur obnoxius. Ita ut inquisitionem nec mulieri liceat denegare. § 2. Quod si servus hoc fortasse aut ancilla absentibus dominis suis prohibuerit, ipse qui prohibet, legibus pro fure teneatur obnoxius.[18])

[15]) Gerichtsverfahren, S. 43.

[16]) Process, S. 67.

[17]) Vergl. § 1 ibid.: „si quis animal suum ad domo cuius invenerit."

[18]) Die Parallelstelle der Lex Romana Burgund. tit. XII. lautet: § 1. Si quis ingenuum querentem aut animalia aut res suas domum ad inquirendum intrantem prohibuerit, pro fure teneatur, ita ut rei, que requiritur, quadruplum solvat: ea tamen ratione, ut cum tribus ingenuis testibus, ubi suspicionem inveniendi furti habet, ingrediatur. § 2. Quod si aut colonus aut servus taliter querentem prohibuerit, fustuario supplicio a iudicibus

Aus dem bairischen Rechte ist zunächst folgende Stelle zu erwähnen:

Decret. Tassil. IV. de popul. leg. c. 12 (Mon. Germ. hist. leg. t. III. p. 466). Qui resisterit domum suam, quod *selisohan* dicunt, qualem rem querenti resistebat, talem conponat; in publico 40 solidos.

Die rechtliche Natur der hier angedrohten Strafe kann erst bei Besprechung des sogleich zu erwähnenden c. 13 Decr. Tassil. IV. festgestellt werden. Aus den Worten: „qualem rem resistebat, talem conponat" folgert Sohm[19]) wohl mit Unrecht, dass der Widerstand Leistende nur dann bussfällig geworden sei, wenn er sich wirklich im Besitze der gestohlenen Sache befunden habe. Diese Wendung erklärt sich vielmehr auf viel einfachere Art, wenn man die oben citirte Bestimmung des burgundischen Rechts vergleicht, in welcher die Worte: „pro hoc quod reposcit.... pro fure teneatur obnoxius" eine analoge Bedeutung haben. Hier wird nemlich als selbstverständlich vorausgesetzt, dass derjenige, welcher Einlass in ein Haus begehrt, um dasselbe zu durchsuchen, zunächst angiebt, was er suchen wolle. Der so benannte Gegenstand gilt dann als Object der strafbaren Handlung, welche bei Verweigerung der Haussuchung als festgestellt angesehen wird; er ist daher bei der demnächst erfolgenden Aburtheilung des Weigernden für

eius praesumptio vindicetur, et ab his res perdite simplo solvantur, secundum speciem Gai, qui hoc de prohibitis statuit. — Bluhme (Monumenta Germ. hist. Leg. tom. III. p. 604 not. 65) bemerkt, dass das hier erwähnte Erforderniss der Zuziehung von Zeugen und die Bestrafung der Sclaven bei Gaius in den von der actio furti prohibiti handelnden Stellen (III. §§ 188. 192) nicht erwähnt wird. Sohm (Process, S. 66 Anm. 5) will diese Vorschriften sogar auf germanischen Einfluss zurückführen. Es muss aber als im höchsten Grade gewagt angesehen werden, bei einem Rechtsinstitute wie der Haussuchung, für welches nach Grimm (vergl. oben S. 47) gemeinindogermanische Rechtssätze gegolten haben, zwischen römischem und germanischem Rechte zu sondern. So ist es gewiss völlig willkürlich, wenn Bluhme a. a. O. not. 64 die Worte: „pro fure teneatur obnoxius" in Lex Burgund. tit. 16 dem römischen Rechte vindicirt. Was die obige Stelle der Lex Roman. Burgund. betrifft, so ist die Bezugnahme auf Gaius zum mindesten äusserlich insofern gerechtfertigt, als Gaius bei Besprechung des furtum conceptum (III, 186) hervorhebt, dass die Haussuchung „testibus praesentibus" erfolgen müsse, und in § 189 eod. loc. mittheilt, dass die poena furti manifesti für Sclaven nach den 12 Tafeln die Geisselung war.

[19]) Process, S. 66 Anm. 5.

die Höhe der Strafe und des Werthsersatzes maassgebend.[19a]) Den gleichen Sinn haben nun meiner Meinung nach auch die Worte: „qualem rem resistebat, talem conponat“[20]) in der obigen Stelle des Decret. Tassil., aus welchen demgemäss zunächst nur geschlossen werden kann, dass die „compositio“ nach dem Werthe[21]) der von dem Spurfolgenden gesuchten Sache abgemessen werden soll.

Wird es hiernach wahrscheinlich, dass auch das bairische Recht die von ihm angedrohte Strafe bereits bei der Weigerung verfallen lässt, so wird die Richtigkeit dieser Ansicht doch wieder in Frage gestellt, wenn man die Bestimmungen der Lex Baiuvariorum über den Hausfriedensbruch vergleicht.

> Lex Baiuvar. XI. § 2. Si autem in domum per violentiam intraverit, et ibi suum nihil invenerit, cum 6 solidis conponat. § 3. Nemo enim ingrediatur alienum domum per violentiam, quia hoc scandalum nascitur. § 4. Et postquam intraverit, et se cognoscerit reum iniuste quod intrasset, det wadium domini domui; et si ille defuerit, mittat ipsum wadium super supralimitare, et non cogatur amplius solvere quam 3 solidos.

Während § 3 das gewaltsame Eindringen in ein fremdes Haus allgemein verbietet, wird nach §§ 2. 4 ibid. der Spurfolgende hierdurch nur dann strafbar, wenn die Haussuchung erfolglos bleibt. Die letztere konnte also nach bairischem Rechte erzwungen werden, ein Umstand, welcher die Sohm'sche Erklärung von § 12 Decret. Tassil. wesentlich zu unterstützen scheint. Nichtsdestoweniger möchten wir an unserer Interpretation dieser Stelle festhalten, da die Möglichkeit keineswegs ausgeschlossen ist, dass der Spurfolgende zwar berechtigt, aber nicht

[19a]) Noch deutlicher wird dieses in Lex Roman. Burgund. XII. § 1 durch folgende Worte ausgedrückt: „ita ut rei, que requiritur, quadruplum solvat.“

[20]) D. h.: „er soll die compositio für eine solche Sache leisten, wie sie der Spurfolgende, dem die Haussuchung verweigert worden ist, suchen wollte“. — Dass „resistere“ mit „denegare“ identisch sein kann, ist selbstverständlich; davon, dass der Widerstand überwunden worden ist, ist in der Stelle jedenfalls nichts gesagt.

[21]) Nach dem Sprachgebrauche der Volksrechte liegt häufig genug in dem Worte „qualis“ eine Hindeutung auf den Werth einer Sache, so insbesondere in der Wendung: „secundum qualitatem pecuniae“. Vergl. z. B. Lex Baiuvar. IX. 2.

genöthigt war, Gewalt anzuwenden. Wollte derselbe kein „scandalum“ hervorrufen, so klagte er auf Grund der Weigerung, und vermied dabei die Gefahr, die bereits entstandene Präsumtion für die Schuld des Weigernden bei der etwaigen Erfolglosigkeit der Haussuchung widerlegt zu sehen und selbst bussfällig zu werden. Hatte er aber einmal den Eintritt in das Haus erzwungen, so erschien die von ihm angewendete Gewalt, wenn die Sache wirklich gefunden wurde, als gerechtfertigt.

In dem Rechte des späteren Mittelalters endlich kommt die Verweigerung der Haussuchung, da die letztere jetzt unter Mitwirkung des Richters stattfindet, nur noch insofern in Betracht, als in ihr ein Ableugnen des Besitzes der gesuchten Sache liegt.[22]) Die Verheimlichung, das verhohlene Halten von gestohlenen Sachen begründet aber gleichfalls eine Präsumtion für die Schuld ihres Inhabers.[23])

III. Der Besitzer sucht das Anefangen der Sache durch gewaltsamen Widerstand zu verhindern.

Decret. Tassil. IV. 13. (Monum. Germ. hist. leg. t. III. p. 467). Qui manum immissione resisterit, quod *hantalod* dicunt, 40 solidos solvat in publico et ipsam rem quaerenti reddat (*3 codd.;* vel aliam similem *add. 5 codd.;* et aliam similem [addat] *add. 5 codd.*).

Sohm[24]) versteht unter dem: „manum immissione resistere“ die Weigerung des Besitzers, die Sache dem Anefangenden herauszugeben. Er findet demgemäss in obiger Stelle eine Bestätigung für seine Annahme, dass der den Volksrechten allein bekannte aussergerichtliche Anefang ein Formalact gewesen sei, dessen zwingende Wirkung sich darin äusserte, dass er den Besitzer unmittelbar zur Restitution verpflichtete. Unsere Bedenken gegen diese Ansicht haben wir bereits oben ausgesprochen; aber selbst wenn dieselbe mit den übrigen Quellenzeugnissen vereinbar wäre, könnte doch die obige Stelle nicht als Beleg für sie angeführt werden. Das „manum immissione resistere“ kann vielmehr bei

[22]) Vergl. die oben S. 48 Anm. 5 citirten Stellen und ferner Sachsensp. II, 64 § 4. 72 § 1. Görlitz. Landrecht 35 § 4 Sächsisch. Weichbildrecht c. 89 § 1 und Glosse dazu (Daniels et Gruben, S. 151 405. 417). Willkür der Zipser Sachsen c. 33 (Michnay et Lichner, Ofner Stadtrecht, S. 227).

[23]) Das Nähere hierüber wird im zweiten Abschnitte dieser Abhandlung mitgetheilt werden.

[24]) Process, S. 72 Anm. 16.

unbefangener Erklärung nur dahin verstanden werden, dass der Besitzer der Sache der Anefangshandlung des Klägers Widerstand entgegensetzt, die Handauflegung zu verhindern sucht, „manum vi repellit". Der Besitzer weigert sich also nicht bloss, den Anspruch des Klägers zu erfüllen, er sucht vielmehr bereits die Vornahme des Actes, welcher zur Einleitung des Verfahrens dient, zu vereiteln.

Was nun die in c. 13 cit. angedrohte Strafe betrifft, so steht mit Sicherheit bezüglich derselben nur das Eine fest, dass sie nicht die Diebstahlsstrafe des bairischen Rechtes ist. Sohm[25]), welcher den Zusatz: „et aliam similem (addat)", der sich in fünf Handschriften findet, in den Text aufnimmt und auch das: „talem conponat" in dem oben besprochenen c. 12 auf die poena dupli bezieht, erblickt in ihr die Strafe des Raubes.[26]) Für diese Annahme liegt aber kein genügender Anhalt[27]) vor; vielmehr scheint die folgende Erklärung den Vorzug zu verdienen.

In der Lex Baiuvariorum selbst[28]) wird nemlich in dem

[25]) Process, S. 66 Anm. 5. S. 67 Anm. 7. Vergl. ferner Siegel, a. a. O. S. 44 Anm. 3: „die Bestrafung in Decret. Tassil. c. 12 ist neu".

[26]) Auf Grund von Lex Baiuvar. XII, 11. XIII, 3 und XV, 3, wo 1) wegen Beschädigung von fremdem Bauholz eine Busse von 1 sol. nebst der Verpflichtung zur Lieferung gleich guten neuen Holzes festgesetzt, 2) die die unrechtmässige Pfändung bei einem Object von mehr als 6 sol. mit der poena dupli und einem fredus von 40 sol. und endlich 3) der Raub während eines Brandes mit der poena quadrupli (ohne fredus) bedroht wird. — Die Behauptung Sohm's, dass der Raub nach bairischem Rechte mit der poena dupli und einem fredus bestraft worden sei, wird also durch diese von ihm angeführten Stellen nicht genügend beglaubigt.

[27]) Abgesehen von dem in Anm. 26 geltendgemachten Bedenken ist auch darauf Gewicht zu legen, dass nach germanischer Auffassung zwar der Raub durch nachträgliche Verheimlichung der Sache den Character des Diebstahls erhalten kann, das Umgekehrte aber, zum mindesten für das bairische Recht, schon deshalb schwer denkbar ist, weil die Strafe des Raubes niedriger ist.

[28]) Lex Baiuv. IX c. 14: „Si furtivum praesumpserit emere et exinde probatus fuerit, et scienter hoc fecit, tunc similem rem donet illi, cui pecunia conparavit, et in fisco pro fredo 12 solidos sit culpabilis. c. 15. Similiter ille, qui de manu furoni furtivam rem ad custodiendam acceperit, quasi consensu furoni est, et ita conponat, sicut superius diximus". — In den letzten Worte wird übrigens nicht, wie Merkel (Monum. Germ. hist. leg. t. III. p. 305 not. 82) meint, auf die cc. 1. 2 h. t., sondern, wie sich aus dem Schlusse des c. 15 ergiebt, auf c. 14 h. t. Bezug genommen.

Titel „de furtis“ eine von der Diebstahlsstrafe verschiedene Strafe gegen denjenigen festgesetzt, der wissentlich eine res furtiva ankauft oder zur Aufbewahrung annimmt; wer sich dieses Vergehens schuldig gemacht hat, soll einen fredus von 12 sol. an den Fiscus zahlen und ausserdem „similem rem donare illi, cui pecunia conparavit.“ Ob hiermit die poena dupli gemeint ist, muss dahingestellt bleiben; denn der diesbezügliche Sprachgebrauch bietet so grosse Schwierigkeiten dar, dass der hervorgehobene Passus möglicherweise auch auf einfachen Ersatz durch Hingabe einer ähnlichen Sache bezogen werden könnte. [29])

An diese Vorschriften des Volksrechts anknüpfend, bestimmt nun das Decret. Tassil. IV. de popul. legib. c. 7 Folgendes:

> Ut nullus furtivam rem suscipere vel infra terminum abscondere praesumat; qui hoc fecerit, 40 solidos conponat.

Wird hier auch nicht ausdrücklich gesagt, dass die Busse von 40 sol. an den Fiscus fallen soll, so muss dieses doch bei Vergleichung einerseits von Lex Baiuv. IX, 14. 15, andererseits von c. 2 Decret. Tassil. l. c., wo für den Verkauf gestohlener Sachen in das Ausland eine gleich hohe „in publicum“ zu zahlende Busse festgesetzt wird[30]), mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit vermuthet werden. Das c. 7 cit. dürfte demgemäss in der Art zu verstehen sein, dass der in Lex Baiuv. IX, 14 angedrohte fredus von 12 sol. auf 40 sol. erhöht wird, während die weiteren in der letztgedachten Stelle enthaltenen Vorschriften unberührt bleiben.

Setzen wir dieses als richtig voraus, so hätten wir gleichzeitig eine sehr einfache Erklärung der ebenfalls dem Decret. Tassil. angehörenden cc. 12. 13 citt. gefunden. Die öffentliche Busse von 40 sol. wird ja in beiden hier in Frage kommenden Stellen erwähnt; in c. 13 schwanken die verschiedenen Lesarten zwischen einfacher Restitution und der Strafe des Doppelten, und auch das „talem conponat“ in c. 12 könnte allenfalls sowohl auf die eine wie auf die andere Art übersetzt werden. Hiernach würde sich der Schluss ergeben, dass derjenige, welcher sich weigert, die Haussuchung zu gestatten, oder dem Anefang Wider-

[29]) Diesen Sprachgebrauch näher zu erörtern, behalte ich mir für eine andere Gelegenheit vor.

[30]) Der fredus des bairischen Rechts hat übrigens häufig die Höhe von 40 sol. Vergl. z. B. Lex Baiuvar. XIII, 3.

stand entgegensetzt, in die in Lex Baiuv. IX, 14. 15 in Verbindung mit Decret. Tassil. c. 7. vorgesehene Strafe verfällt. Die in diesen Fällen eintretende Präsumtion würde sich also nach bairischem Rechte nicht darauf richten, dass der Besitzer der in Anspruch genommenen Sache der Dieb sei, sondern darauf, dass er dieselbe wissend, dass sie gestohlen sei, an sich gebracht habe.

Für das c. 13 cit. dürfte diese Interpretation in der That zutreffen, während sie bei dem c. 12 nur unter der Voraussetzung als ausreichend angesehen werden kann, dass der überlieferte Text authentisch ist. Meiner Meinung nach characterisiren sich nun aber die Schlussworte des c. 12: „in publico 40 solidos", obgleich sich dieselben in sämmtlichen Handschriften finden, offenbar als eine aus sehr früher Zeit herrührende Interpolation. Zunächst muss es nemlich im höchsten Grade auffallen, dass dieser Passus völlig abgerissen und ohne Verbindung mit dem Vorhergehenden dasteht. Weiter kommt in Betracht, dass die 3 ältesten Manuscripte, wie auch 2 spätere hinzufügen: „hoc est decretum"[31]), woraus sich wohl eine Hindeutung darauf entnehmen lässt, dass an dieser Stelle eine Glosse in den Text gesetzt worden ist. Zu einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit wird diese Vermuthung erhoben, wenn man in Erwägung zieht, dass der fredus von 40 sol. in dem Decret. Tassil. mehrfach, so z. B. in dem unmittelbar folgenden c. 13, begegnet. Der Mangel einer diesbezüglichen Bestimmung in c. 12 cit. erschien dem Abschreiber, von welchem die obige Glosse herrührt, und welcher die wahre Bedeutung des „talem conponat" nicht erkannte, als eine Lücke, welche er aus dem Folgenden durch eine Note ausfüllen zu müssen glaubte. Eine Emendation, wie er sie beabsichtigte, ist der von ihm gemachte Zusatz jedoch nicht; vielmehr ist das c. 12 bei Weglassung der Worte: „in publico 40 solidos" sowohl sprachlich als auch juristisch viel leichter verständlich. Dasselbe schliesst sich nemlich an eine Bestimmung an, welche folgendermassen lautet:

> Decret. Tassil. c. 11. Qui furtivam rem . . . super furem comprobare non quiverit, furtivo conponat more.[32])

[31]) Monum. Germ. hist. leg. t. III. p. 466 not. i zu c. 12 cit.

[32]) Vergl. über diese Stelle unten § 7.

Während nun das „talem conponat" in c. 12, sobald es für sich allein steht, dem Sprachgebrauche des bairischen Volksrechts zuwiderläuft und, mag man es auf einfachen oder doppelten Ersatz beziehen, undeutlich und ungenau bleibt, erhält dasselbe einen völlig klaren Sinn, wenn man aus dem vorhergehenden c. 11 „furtivo modo" ergänzt. Der Zusammenhang, in dem die einzelnen Capitel des Decr. Tassil. unter einander stehen, ist ein solcher, dass eine derartige Bezugnahme nicht auffallen kann, und die accusativische Verbindung: „rem furtivo modo componere", „rem tanquam furtivam conponere" ist in der Sprache der Volksrechte durchaus gewöhnlich.[33]) Bei Zugrundelegung dieser Erklärung würde das c. 12 also die Vorschrift enthalten, dass derjenige, welcher sich weigert, die Vornahme einer Haussuchung zu gestatten, in die nach dem Werthe der gesuchten Sache zu bestimmende Diebstahlsbusse verfallen solle. Neben der letzteren hat aber, soweit wir das altbairische Recht kennen, der fredus von 40 sol. keinen Raum, während die Annahme, dass das „resistere domum" ausser der Diebstahlspräsumtion noch eine selbstständige Strafe nach sich gezogen habe, unserer Meinung nach ausgeschlossen ist. Wir können daher die vorstehende Interpretation des „talem conponat" nur unter der Voraussetzung in Vorschlag bringen, dass unsere Textconjectur für richtig angesehen wird. Die sich bei Zugrundelegung unserer Erklärung ergebende Verschiedenheit in der Behandlung der beiden Fälle der cc. 12 und 13 Decret. Tassil. wäre übrigens darauf zurückzuführen, dass sich der Widerstand gegen den Anefang zwar als eine rechtswidrige, aber immerhin offene Handlung characterisirt, während in der Weigerung, die Haussuchung zu gestatten, gleichzeitig eine Verheimlichung der gestohlenen Sache liegt. Da nun Lex Baiuvar. IX, 15 in fin. bestimmt:

> ille qui furtivam rem commendatum suscepit, et quaerentem dominum negaverit: ille fur est, sicut ille qui furavit, et ita conponat sicut lex habet,

so wäre die Verhängung der Diebstahlsbusse in c. 12 auch dann gerechtfertigt, wenn in diesem Falle nur wissentlicher Erwerb gestohlener Sachen als erwiesen angesehen würde. Die Strafbestimmung in c. 13 wäre dagegen eine Consequenz der eigenthümlichen Vorschriften, welche das bairische Recht über den

[33]) Vergl. z. B. Lex Baiuvar. IX, 9. 12.

wissentlichen Erwerb gestohlener Sachen, abgesehen von dem Falle der Verheimlichung, enthält.

Den gleichen oder wenigstens einen ähnlichen Fall wie das c. 13 jedoch in völlig verschiedenem Sinne, behandeln die bereits oben[34]) mitgetheilten Bestimmungen der späteren Rechtsquellen, welche die Weigerung des Anefangsbeklagten, dem Kläger vor Gericht zu folgen, betreffen. Nach diesen wird der Besitzer einer gestohlenen Sache, welcher dieselbe weder herausgeben, noch über ihren Erwerb Rechenschaft ablegen will[35]), unter Gerüchte gefesselt und wie ein handhafter Dieb vor den Richter geschleppt. Die Befugniss hierzu wird dem Kläger offenbar deshalb ertheilt, weil der Anefangsbeklagte, welcher Rechtens weigert, von vorneherein fluchtverdächtig ist, und weiter, weil in seinem Verhalten gleichzeitig eine Aeusserung seines Schuldbewusstseins liegt (*he hevet sik scüldich gemachet*). Dahingestellt muss es aber bleiben, ob das Binden des Weigernden lediglich dem Zwecke diente, sich seiner Person zu versichern, ihn zu „bestätigen", oder ob dasselbe auch die Folge hatte, dass der Beklagte hinsichtlich des Beweisrechts in die Lage des gefangenen Friedebrechers gerieth. Für die erstere Annahme sprechen die Worte des Sachsenspiegels: „*also of die dat hanthaft si*"[36]), sowie einige particularrechtliche Bestimmungen[37]), in welchen zwar die Fesselung des Weigernden angeordnet, die Zulässigkeit des Verfahrens auf handhafter That dagegen nicht ausgesprochen wird. Wahrscheinlich erlangte der Kläger jedoch, wie aus dem Richtst. Landr. entnommen werden kann, durch die

[34]) § 3 (S. 54 ff.); ferner Deutschensp. (Ficker) § 146. Schwabensp. (Gengler) c. 268 § 2. Rechtsb. nach Distinct. IV, 9 dist. 4 (Ortloff S. 196 Z. 27 ff.) Prager Rechtsb. (Rössler) c. 184. Rechtsbuch v. Mühlhausen bei Förstemann, Neue Mittheilungen, S. 87. 88.

[35]) Diese Verpflichtung des Besitzers einer beweglichen Sache, über den Erwerb derselben Rechenschaft abzulegen, wird auch in folgender Stelle hervorgehoben: Stadtr. von Strassburg (saec. XI) c. 3. (Gaupp, Stadtrechte Bd. I. S. 49). Nemo predam aut furtum in eam inducat, vel conservare audeat, nisi redditurus rationem omni querenti.

[36]) Auch Planck a. a. O. Bd. I. S. 768 schliesst aus dieser Wendung, dass es sich hier um eine Erweiterung des Begriffs der handhaften That handelt.

[37]) Vergl. insbes. die Anm. 34 citirte Stelle des Rechtsbuchs von Mühlhausen.

Erhebung des Gerüchtes das Recht, sofort die Klage auf handhafter That im weiteren Sinne[38]), d. h. diejenige Klage, bei welcher der Beweis durch den kampflichen Gruss erbracht wird, anzustellen. Ist dieses richtig, so würde die Weigerung des Anefangsbeklagten, dem Kläger vor Gericht zu folgen, zwar keine praesumtio iuris et de iure für seine Schuld, aber doch die Zulässigkeit des eigentlichen peinlichen Diebstahlsverfahrens begründen. Die peinliche Diebstahlsstrafe kann aber unmöglich, wie Sohm[39]) anzunehmen scheint, als Strafe des Ungehorsams gegen den Formalact aufgefasst werden.

Blicken wir nun auf die hier unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt zusammengefassten Quellenvorschriften zurück, so ergiebt sich, dass dieselben in Wahrheit einen sehr verschiedenen Character haben. Während in dem späteren Mittelalter fast in allen soeben besprochenen Fällen das Verfahren auf handhafter That eintritt, kann für die Zeit der Volksrechte mit Sicherheit nur bei der zuerst erwähnten Bestimmung des Pactus pro ten. pac. das Gleiche behauptet werden. Die auf die Verweigerung der Haussuchung bezüglichen Stellen der Lex Ribuar. und Lex Burgund. lassen es zweifelhaft, ob der Hauseigenthümer wie ein handhafter Dieb überführt und bestraft wurde, während das Decret. Tassil. lediglich materielle[40]) Präsumtionen aufzustellen und vorauszusetzen scheint, dass die Klage von vorneherein auf Widerstand gegen die Haussuchung oder gegen den Anefang gerichtet und nach den allgemeinen Grundsätzen bewiesen werde. Die letztgedachte Version dürfte aber als Ausfluss einer zwar auf germanischer Grundlage ruhenden, jedoch nach römischem Muster arbeitenden theoretisirenden Gesetzgebung zu betrachten sein. Denn bei der Behandlung, welche der Widerstand des Besitzers der gestohlenen Sache im bairischen Rechte findet, ist Letzterer, falls nicht etwa der Klagevortrag durch Zeugen dar-

[38]) Vergl. Planck a. a. O. Bd. I. S. 758, 762.

[39]) Process, S. 69.

[40]) Dass das Verfahren auf handhafter That in den Fällen des Decret. Tassil. IV. c. 12 und 13 nicht eintrat, geht mit Sicherheit daraus hervor, dass der „fur comprehendens“ (d. h. der gefangene Dieb) nach Lex Baiuvar. IX, 8 mit dem Tode bestraft wird, während in c. 12 cit. die gewöhnliche Diebstahlsstrafe, in c. 13 cit. sogar nur die Strafe des wissentlichen Erwerbs gestohlener Sachen angedroht wird.

gethan wird[41]), processualisch besser gestellt, als er es innerhalb des Anefangsverfahrens sein würde, während sonst derartige an einen bestimmten Thatbestand geknüpfte Präsumtionen gerade auf das Beweisrecht Einfluss zu üben pflegen. Im Uebrigen muss jedoch auf die Erörterung dieses Punktes verzichtet werden, da die cc. 12. 13 Decr. Tassil. zu kurz gefasst sind, als dass etwas Sicheres aus ihnen entnommen werden könnte.

Bieten hiernach die oben besprochenen Vorschriften nur eine ziemlich schwache Bestätigung für die von Planck aufgestellte Hypothese, dass zwischen dem Anefangsverfahren und dem Verfahren auf handhafter That ursprünglich ein Zusammenhang obgewaltet habe, so unterstützen sie auf der anderen Seite die von uns vertheidigte Ansicht, dass die Anefangsklage zur strafrechtlichen Verfolgung des Diebstahls gedient habe. Denn das geht aus ihnen zur Evidenz hervor, dass die gleichen Maassregeln, welche wir als Vorbereitungsacte der intertiatio kennen lernten, auch zu einem Verfahren führen konnten, welches unzweifelhaft die Frage, ob der wirkliche oder präsumtive Besitzer der gestohlenen Sache der Dieb oder ein Diebesgenosse sei, zum Gegenstande hat. Und da diese Folge bereits dann eintritt, wenn sich aus dem Verhalten der von dem Kläger angesprochenen Person ein weiteres Belastungsmoment ergiebt, welches das aus dem Besitze der gesuchten Sache erwachsende Indicium unterstützt, so muss angenommen werden, dass zum mindesten die Voraussetzungen für ein eigentliches Strafverfahren, d. h. ein an der Sache begangenes Delict und ein Verdacht gegen ihren gegenwärtigen Inhaber, auch dann vorliegen, wenn die Spurfolge in ordnungsmässiger Art mit dem Anefang endigt. Gleichzeitig wird aber die Nachsuchung nach den gestohlenen Sachen durch die neben ihr herlaufenden Präsumtionen als ein Act der strafrechtlichen Verfolgung des Diebstahls characterisirt, und die Vermuthung begründet, dass auch die Anefangsklage diesem Zwecke gedient habe.

Diese Schlussfolgerungen sind unabhängig davon, ob in den oben hervorgehobenen Fällen das Verfahren auf handhafter That eintritt oder nicht. Aber auch die von Planck ausgesprochene Hypothese kann als solche nicht ohne Weiteres von der Hand

[41]) Das wäre möglich, weil es sich hier um processualisch erhebliche Acte handelt. Vergl. oben S. 60.

gewiesen werden. In historischer Zeit freilich sind Anefang und handhafte That juristisch so sehr von einander verschieden, dass kaum irgendwelche Beziehung zwischen ihnen besteht. Das Verfahren auf handhafter That characterisirt sich nemlich als Ausübung des dem Bestohlenen gegen den auf frischer That ertappten Dieb zustehenden Tödtungsrechtes, verbunden mit einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniss, durch die sich Ersterer gegen den Verdacht, den Dieb unrechtmässig getödtet zu haben, sichert.[42]) Der Verletzte hat also bei diesem Verfahren ursprüng-

[42]) Die im Text ausgesprochene Ansicht über die historischen Grundlagen des Verfahrens auf handhafter That weicht von den bisher versuchten Erklärungen dieser eigenthümlichen Processart nicht unerheblich ab. So nimmt v. Bar, Beweisurtheil, S. 59 ff. an, dass das deutsche Recht an die sofortige Klageerhebung eine Präsumtion für die Glaubwürdigkeit der von dem Kläger vorgebrachten Zeugen geknüpft habe, während bei dem anfänglichen Schweigen und der Unthätigkeit dieser Personen die Unschuld des Beklagten von vorneherein wahrscheinlich geworden sei. Im Wesentlichen stimmt hiermit auch die Ansicht R. Loening's (Reinigungseid, S. 65 ff., 80 ff., 244 ff.) überein. Loening sucht nemlich darzuthun, dass die Schreimannen, mit welchen der Kläger den gefangenen Friedebrecher übersiebnet, nicht Eideshelfer, sondern wahre Zeugen seien, denen nach der Auffassung des sächsischen Rechtes deshalb eine besondere Glaubwürdigkeit zukam, weil ihre Wissenschaft, ebenso wie die des Klägers, durch die objectiven Zeichen der Handhaftigkeit von vorneherein bescheinigt war. S. 97. 98 erkennt Loening freilich selbst an, dass es schwer begreiflich sei, wie eine naturwüchsige, von innen heraus sich gestaltende Rechtsentwicklung dazu kommen konnte, einen so verwickelten processualen Mechanismus zur Erreichung eines verhältnissmässig einfachen Zweckes (nemlich zur Feststellung der Glaubwürdigkeit des Klägers und seiner Zeugen) zu schaffen. Die Antwort auf diese Frage findet Loening darin, dass sich das Verfahren auf handhafter That an die aussergerichtliche Rechtsverfolgung anschliesse, der Selbsthülfe, der Privatrache seine Entstehung verdanke, und dass die Erhebung des Waffengeschreis, das Aufbinden der Spuren, die Fesselung des Thäters ursprünglich der Realisirung des Rechts des Verletzten gedient haben. Planck hat früher (Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. X. S. 225 ff. 296 ff.; übereinstimmend Homeyer, Richtsteig Landr. S. 478. 505) das entscheidende Gewicht darauf gelegt, dass die handhafte That durch die sofortige Verfolgung des Thäters gewissermassen in das Gericht verlängert werde, und demgemäss die Verurtheilung des Beklagten auf Grund gerichtlichen Augenscheins erfolge. In seinem neuesten Werke (Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 765 ff. Bd. II. S. 127 ff., 151 ff.) erklärt Planck jedoch, die innere Rechtfertigung für die Beeidigung der Klage liege darin, dass der mit der scheinbaren Schuld ge-

lich nicht die Aufgabe, den Verletzer zu überführen, sondern im Gegentheil die, sich zu reinigen. Er tritt demgemäss nur scheinbar als Kläger, in Wahrheit aber in seiner Eigenschaft als Beklagter

fangene Friedebrecher eigentlich bereits so gut wie überwunden sei: es erübrige nur noch, dass der Kläger, um sein ferneres Thun gegen den Beklagten (d. h. die Bestrafung desselben) zu rechtfertigen, diesen Zustand der Dinge vor der Versammlung seiner Genossen, vor Gericht, aufzeige. In ähnlichem Sinne hat sich endlich vor Planck bereits Siegel, Gerichtsverfahren, S. 170 ff. ausgesprochen. Siegel, S. 169 ff. geht nemlich von der Ansicht aus, dass das einfache Wort des freien Mannes bei der edlen und männlichen Sinnesweise der Germanen eine solche Wucht und Bedeutung in sich getragen habe, dass man einen Beweis der Klage überhaupt nicht verlangt habe. Vielmehr habe es den Angesprochenen mächtig gedrängt, die Grundlosigkeit der Forderung darzuthun, die Klage durch den von seiner Seite geführten Beweis ihres Ungrundes abzuthun. Bei dem Verfahren auf handhafter That nehme die sich hiernach ergebende Regel von dem Beweisvorzuge des Beklagten eine „Wendung" („*wend*", ein Ausdruck, welcher nach Siegel, S. 171 Anm. 9 im altfriesischen Rechte die bei dem Verfahren auf handhafter That eintretende Abweichung von dem gewöhnlichen Beweisrechte characterisirt). „Gegen den Gebundenen oder Getödteten spreche der Verdacht, sodass man sogar jedes Wort von seiner und der Verwandten Seite verschmähe. Und wieder, nur mit Wechselung der Parteien, lasse sich sagen, dass es den Kläger dränge, den möglichen Vorwurf der Ungerechtigkeit seiner Handlungsweise durch den Beweis der Wahrheit zu beseitigen."

In den letztgedachten Aeusserungen Planck's und Siegel's in Verbindung mit den Bemerkungen Loening's a. a. O. S. 97 sind meiner Meinung nach die Elemente der richtigen Ansicht bereits enthalten; die diesen Schriftstellern vorschwebende Idee bedarf jedoch einer viel schärferen juristischen Formulirung Nicht bloss im moralischen und allgemein menschlichen Sinne will der Kläger sein Thun gegen den gefangenen Friedebrecher rechtfertigen, nicht bloss aus Ehrgefühl sucht er jeden Vorwurf, der ihn etwa treffen könnte, zu widerlegen; die Eigenthümlichkeit des Verfahrens auf handhafter That besteht vielmehr darin, dass der Kläger nur scheinbar als solcher, in Wahrheit aber, und zwar im streng juristischen Sinne, als Beklagter in einem Mordprocesse auftritt. Der von ihm und seinen Schreimannen abzuleistende Siebenereid ist demgemäss seiner ursprünglichen Bedeutung nach nicht als Klagebeweis, sondern als Sicherung des Beweises für die Einrede, dass der Friedebrecher auf handhafter That ertappt und getödtet worden sei, aufzufassen. Das Verfahren auf handhafter That characterisirt sich also als Ausübung des dem Verletzten zustehenden Tödtungsrechtes, verbunden mit einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniss über die Rechtmässigkeit der Tödtung. Die Richtigkeit dieser Sätze lässt sich auf Grund eines grossen, aus den verschiedensten Zeiten und Rechtsgebieten herrührenden Quellenmaterials mit zweifelloser Sicherheit darthun. Eine eingehendere Untersuchung über diesen Gegenstand (welche übrigens auch die

in einem Todtschlagsprocesse auf, welcher von den Verwandten des getödteten Diebes gegen ihn angestellt werden könnte. Dieser

Lehre von der Nothwehr, die Bedeutung, welche dem Wechsel der Parteirollen im altgermanischen Rechte im Allgemeinen zukommt, und die allmähliche Umgestaltung des Verfahrens auf handhafter That berücksichtigen müsste) würde jedoch so umfangreich werden, dass wir vorläufig darauf verzichten müssen, in dieselbe einzutreten. Wir beschränken uns daher darauf, kurz anzudeuten, auf welche Punkte wir bei der Begründung unserer soeben ausgesprochenen Ansicht das entscheidende Gewicht legen werden.

Der grundsätzliche Irrthum der herrschenden Ansicht liegt darin, dass sie die Befugniss des Verletzten, den auf handhafter That ertappten Friedebrecher zu tödten, als eine eventuelle auffasst, während dieselbe in Wahrheit, zum mindesten in der ältesten Zeit, völlig unbeschränkt war. Im Sinne der Quellen ist nemlich gerade der Fall, dass der handhafte Dieb etc. sofort getödtet wird, der begrifflich regelmässige, welcher auch für die Gestaltung des Verfahrens gegen den lebendig vor Gericht gebrachten Friedebrecher durchaus grundlegend ist. Wir sind in der Lage, die Zwischenstufen, welche den Uebergang von der einen Processart zu der anderen vermitteln, nachzuweisen.

1. Hatte der Verletzte den auf handhafter That ertappten Friedebrecher sofort getödtet, so war die Möglichkeit gegeben, dass die Verwandten des Erschlagenen nunmehr eine Mordklage gegen ihn anstrengten. Dieser Anschuldigung gegenüber machte dann der Verletzte als Beklagter einredeweise geltend, dass der Todte „ohne Rache und Wergeld daliegen müsse“, weil er als Dieb auf frischer That erschlagen worden sei (furem credi iuste occisum). Vergl. z. B. Lex Anglior. et Werin. c. 39 (Monum. Germ. histor. leg. t. V. p. 132). Lex Baiuvar. VIII, 1 (ibid. t. III. p. 298). Decret. Tassil. IV. De popul. leg. c. 14 (ibid. t. III. p. 467). Ine's Gesetze c. 16. 21. 35. Aethelstan's Ges. II c. 11 (Schmid, Ges. der Angels., S. 29. 37. 139). Obgleich diese Beweisführung zweifellos lediglich auf die Reinigung des Todtschlägers hinzielt, tritt bereits in den hierher gehörigen Quellenbestimmungen die Auffassung hervor, dass über den Todten Gericht gehalten werde.

2. Häufig wartete jedoch der Verletzte die Erhebung der Klage seitens der Blutsfreunde des erschlagenen Diebes nicht ab, sondern ergriff selbst die Initiative zu seiner Rechtfertigung. Nach altgermanischer Anschauung war nemlich bei den busslosen Tödtungen (sogar bei der Tödtung eines bereits friedlos gelegten Mannes) die vollste Offenheit des Vorgehens erforderlich, derart, dass derjenige, welcher einen Anderen als Dieb erschlagen hatte, für verpflichtet galt, seine That selbst öffentlich kundzuthun. Vergl. z. B. Decret. Tassil. IV. De popul. leg. c. 3 alin. 4 (Monum. Germ. hist. leg. sect. I. t. III. p. 464). Ine's Ges. 21 § 1 (Schmid, Ges. der Angels. S. 31), sowie Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 159 ff. und v. Amira, Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren, S. 12 ff., bei denen Stellen aus den nordischen Rechtsquellen mitgetheilt werden. — Um nun alle etwaigen Ansprüche der Verwandten des Erschlagenen von vorneherein abzuschneiden,

Wechsel der Parteirollen erklärt dann die wichtigste Eigenthümlichkeit des Verfahrens auf handhafter That, dass in demselben

stellte sich der Todtschläger nach erfolgter Bekanntmachung des Geschehenen freiwillig dem Richter und beschwor vor diesem zusammen mit seinen Eideshelfern: „quod eum de vita forfactum interfecisset“. (Lex Ribuar. c. 77). Auch diese Beweisführung zielt, wie Sohm, Process, S. 136 ff., abweichend von Siegel, Gerichtsverfahren, S. 80 ff., mit Recht annimmt, lediglich auf die Befreiung des Verletzten von der Zahlung des Wergeldes für den Getödteten. Nichtsdestoweniger bezeichnen die Quellen diese Procedur in Rücksicht darauf, dass eine strafbare Handlung des Todten zur Feststellung gelangt, und dass die Initiative von dem Verletzten ausgeht, als Klage gegen den Todten. Vergl. z. B. Sachsensp. I, 48 § 3. 64. II, 14. 64 § 3. Freiberger Stadtrecht (Schott) c. 19 § 1. — In diesem Sprachgebrauche beginnt sich die von Siegel betonte „Wendung“, d. h. der Wechsel der Parteirollen bei dem Verfahren auf handhafter That, zu vollziehen.

3. An die soeben erwähnte Klage gegen den Todten schliesst sich die dritte Form des Richtens über die handhafte That an. Bei dieser erscheint der Todte nicht bloss nach der Ausdrucksweise der Quellen als Beklagter; es wird vielmehr gegen ihn ein auf Strafe lautendes Urtheil erlassen und eventuell auch vollstreckt. So bestimmt die Gragas in einer bei Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 163 mitgetheilten Vorschrift: „Er soll die Klage durchaus so einrichten, als wenn Jener lebte, nur dass er darauf antragen soll, dass er unheilig werde, während, wenn er lebte, die Klage auf Benehmen des Friedens geht.“ Aehnliche Stellen vergl. bei Wilda a. a. O. und v. Amira, Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren, S. 156 ff., insbes. S. 160—162. Von den zahlreichen Bestimmungen süddgermanischer Quellen, welche das Gleiche ergeben, soll hier als besonders characteristisch die folgende hervorgehoben werden:

> Rechtsb. nach Distinct. IV. 11 dist. 2. Begrifft eyner eyn by syme wibe, unde begriffe her sy beyde mit der worhaften tad, unde sluge sy beyde zcu tode uff enander, he sal sich uffe sy seczen mit siner gewere, unde dy sal he in siner hand habe, unde sal sende nach deme gerichte, unde sal clagen mit dem geruffte ober sinen rouber unde des landes rouber und rouberin, dy on in eyme rechten reroube sine eschaft beroubt haben, unde bete daz mit orteyln, daz man ome teyle umbe dyselben schinbaren hanthafftige tad, wy he mit on geboren sal. So teyle man ome: he sulle sy bindin uff enander, und sulle sy uffinbar furen under den galgen, unda sulle do eyn grab graben soben schu lang und soben schu tif, unde sal nemen zcw borden dorne unde sal legen eyne under, daz wip mit deme rucke doruff, denne den fredebrecher oben obir sy storcze, unde den eynen burden uf sinen rucke legen unde eynen eychen phal durch sy beyde slone, sy sin lebende oder tot, das sy an dem nicht entwischen mugen; unde daz grab sal man zcuslan unde zcufullen. Unde hat her sy beyde zcu tode geslayn unde beget recht, he

der Kläger, abweichend von dem allgemeinen altgermanischen Princip, nach welchem der Beklagte näher ist, seine Unschuld

blibet ane nod unde ane wandel kegen den frunden unde kegen deme gerichte, unde kan her sy ouch lebening gewaldigen unde beget recht, is schadet ome ar nicht.

In dieser Bestimmung wird also vorausgesetzt, dass der Ehemann, nachdem er das ehebrecherische Paar auf handhafter That ertappt und getödtet hat, das Gericht herbeirufen lässt. Er selbst setzt sich, mit dem Gewaffen, mit dem er seine gekränkte Hausehre gerächt hat, in der Hand, auf die Leichen und erhebt nach dem Erscheinen des Richters die Klage mit Gerüfte. Eine Beeidigung der Klage oder eine Zuziehung von Schreimannen findet nicht statt, weil die Situation, in welcher die Ehebrecher dem Gericht vorgezeigt werden, leibliche Beweisung ausmacht. Demnächst wird dem klagenden Ehemanne das Urtheil gefunden, dass er die Leichen über einander gelegt unter dem Galgen begraben und mit einem Pfahle durchstossen solle. Ueber die auf handhafter That Getödteten wird also nicht bloss nachträglich Gericht gehalten: es wird an ihnen auch noch die qualificirte Todesstrafe vollstreckt. Der Schluss der Stelle ergiebt dann, dass der Hauptzweck der ganzen Procedur die Reinigung des Ehemannes den Blutsfreunden der Ehebrecher gegenüber ist. Das gegen die Todten erlassene Strafurtheil und die Vollstreckung der Strafe an den Leichen haben also im Wesentlichen eine declaratorische Bedeutung: dadurch, dass die Schuld der Getödteten in äusserlich erkennbarer Weise festgestellt wird, soll jeder Zweifel über die Rechtmässigkeit der von dem Verletzten geübten Rache beseitigt werden. Vergl. weiter auch folgende Stellen: Rechtsbuch v. Mühlhausen bei Förstemann, Neue Mittheilungen, Bd. VII. S. 81. Brünner Schöffenbuch (Rössler) c. 490. Prager Rechtsbuch (Rössler) c. 87. Iglauer Stadtrecht (Tomaschek) c. 67 (si invasorem vivum aut mortuum retinuerit, capitali sentencia puniatur). Criminalordnung von Altdorf § 10 (Gengler, Stadtrechte, S. 5).

4. Bereits die soeben citirten Quellenbestimmungen (vergl. ferner Edmund's Ges. III. c. 2 bei Schmid a. a. O. S. 180: „exuperent vivum vel mortuum, alterutrum quod poterunt“ und Leg. Edward. Confess. c. 36 l. c. p. 517) lassen keinen Zweifel darüber, dass das Verfahren gegen den lebenden Friedebrecher dem gegen den todten völlig parallel läuft. Mit besonderer Deutlichkeit ergiebt sich dieses aus folgender Stelle:

Rechtsb. nach Distinct. II. 3 dist. 2. Der dem andern louft mit gewopenter hant unde unrechter gewalt, unvorclaget vor sime richtere, des tages adder nachtes, vor sine gewer, unde vet ome disser in hanthafter tad, unde tud dry stunt sin gerufte dorczu, unde bestelt daz mit sime schrymanne, dy her dorczu gehaben mag in wichbilde unde in lantrechte, unde brengen den mit geschrie vor gerichte; unde mag her nicht vor gerichte komen, so lade her daz gerichte dorczu. So sal man vor der tor eyn gericht siczen; vorwint her on doselbest siner beschrymanne, so wert ome erteylt, daz her ome den halsz uf der sweln abstahet uszwert, unde sulle

darzuthun, zum Beweise der Thatsache gelangt, welche die Schuld des Beklagten und gleichzeitig die Straflosigkeit der Tödtung

den corper under der sweln uszzyn, so daz her eyne gruben under der sweln macht, daz her on moge ussgeczyn.

Dass der Verletzte, wie in dieser Stelle vorausgesetzt wird, den auf handhafter That ertappten Friedebrecher, auch wenn derselbe zunächst vor den Richter gebracht und dort übersiebnet wird, mit eigener Hand tödtet, wird auch durch zahlreiche andere Quellenzeugnisse bestätigt, so z. B. durch die oben citirten Bestimmungen des Rechtsb. nach Distinct. IV, 11 dist. 2 und des Rechtsb. von Mühlhausen, sowie ferner durch Capitul. Noviomag. de a. 808 c. 2. Jus Slesvic. antiqu. § 14. 25. Jus Slesvic. recent c. 22. 30. Ancher, Farrago p. 5. 7. 102. 117.) Siehe auch Cropp a. a. O. S. 234. Grimm, Rechtsalterthümer, S. 882 und Planck, Gerichtsverfahren, Bd. II. S. 267, welcher bei Besprechung der abweichenden Vorschriften des Sachsenspiegels ausdrücklich anerkennt, dass die Vollstreckung des Todesurtheils durch den Kläger die im Geiste des deutschen Rechts begründete Executionsmethode sei. Vergleicht man nun die zuletzt erwähnten Bestimmungen mit denjenigen Quellenstellen, in welchen das Richten über den lebenden und den todten Friedebrecher zusammengefasst und nach gleichen Grundsätzen behandelt wird, so muss man m. E. die Ueberzeugung gewinnen, dass das Verfahren auf handhafter That im engeren Sinne seiner ursprünglichen Bedeutung nach Ausübung des dem Verletzten zustehenden Tödtungsrechtes nach vorgängiger Sicherung des Reinigungsbeweises gegen eine etwaige Mordklage ist. Hätte man den Bestohlenen etc., wenn er nicht auf der Stelle Rache nahm, bei der Beweisvertheilung von dem Vorzuge der Beklagtenrolle ausgeschlossen, so würde derselbe naturgemäss Bedenken getragen haben, die Entscheidung des Richters anzurufen. Es lag daher im Interesse beider Betheiligten und diente zur Verhinderung unbefugter Selbsthülfe, wenn dem Verletzten die Möglichkeit eröffnet wurde, die Rechtmässigkeit seines Vorgehens bereits vor dem entscheidenden Acte festzustellen. Die einzige Schwierigkeit, welcher der Durchführung dieser Idee entgegentrat, lag in dem Umstande, dass die Ausübung des privaten Racherechts nach anerkannten Rechtsgrundsätzen sofort stattfinden musste. Man umgab deshalb das Verfahren auf handhafter That mit einer Reihe alterthümlicher Formalitäten, welche den Schein erwecken sollten, dass sich der gefangene Friedebrecher während der gerichtlichen Verhandlung und während der Strafvollstreckung noch bei Begehung der That befinde. Diesem Zwecke dient z. B. das Aufbinden der corpora delicti; die Wiederholung des Gerüchtes bei Erhebung der Klage, während die Fesselung, soweit dieselbe als formales Erforderniss in Betracht kommt, den Character des Verfahrens als Selbsthülfe zum Ausdruck bringen soll. Aus den hier angeregten Gesichtspunkten erklärt sich ferner, dass die handhafte That auch in gebundenen Tagen und (falls der ordentliche Richter nicht zur Stelle ist) von einem ausserordentlichen Gerichte abgeurtheilt, dass sie sogar noch in späterer

desselben begründet. Alles dieses trifft bei dem Anefangsverfahren nicht zu; vielmehr hat in diesem, wie sich unten[43]) zeigen wird, der Beklagte den Beweisvorzug, und beim Misslingen seiner Beweisführung trifft ihn nicht die Todes-, sondern die gewöhnliche Diebstahlsstrafe.[44])

Will man nun aber die historische Grundlage verlassen und über einen älteren unbezeugten Rechtszustand Vermuthungen aufstellen, so wird man zweifellos der Hypothese Planck's den Vorzug vor der oben mitgetheilten Heusler's[45]) geben müssen.

Zeit unter allen Umständen mit dem Tode bestraft, und dass die Todesstrafe stets sofort vollstreckt wird. Wurde auf diese Art ein Mittel zur vorgängigen Legitimation der Selbsthülfe geschaffen, so ist es leicht begreiflich, dass man nunmehr auch die Erwartung hegte, dass der Verletzte, wenn irgend möglich, von demselben Gebrauch machen werde. Diese Erwägung enthält die Lösung für den scheinbaren Widerspruch, welcher darin liegt, dass nach einigen Quellenstellen die aussergerichtliche Ausübung des Racherechts nur dann Platz greift, wenn der auf der That ertappte Friedebrecher sich der Fesselung durch die Flucht zu entziehen sucht, während auf der anderen Seite der von dem Verletzten demnächst abzuleistende Eid sich lediglich auf die Behauptung richtet, dass der Getödtete als ein „de vita forfactus", „als Dieb" erschlagen worden sei. (Vergl. z. B. Lex Ribuar. c. 77) Derartigen Bestimmungen liegt eben die Auffassung zu Grunde, dass der Verletzte, obgleich er rechtlich zur sofortigen Tödtung des Friedebrechers befugt ist, thatsächlich denselben regelmässig zunächst vor den Richter bringen und dort übersiebnen wird. — Bei der hier versuchten Begründung des Verfahrens auf handhafter That braucht man nun nicht mit R. Loening zu supponiren, dass die sächsischen Quellen des späteren Mittelalters, obgleich sie die Schreimannen des Klägers als Eideshelfer bezeichnen, dennoch verlangen, dass dieselben wahre Zeugen seien; die diesbezüglichen Vorschriften der Quellen erklären sich vielmehr in viel einfacherer Art daraus, dass der Beweis des Klägers bei dem Verfahren auf handhafter That seiner ursprünglichen Bedeutung nach ein Einredebeweis ist, welcher als solcher, dem allgemeinen Grundsatze des altsächsischen Ungerichtsverfahrens entsprechend, selbsiebent erbracht werden muss. Hiernach spricht aber die Zulassung der klägerischen Beweisführung bei dem Verfahren auf handhafter That nicht für das von Loening (a. a. O. S. 12) behauptete Princip von dem Beweisvorzuge des Klägers, sondern gerade umgekehrt für die von ihm bekämpfte Ansicht, nach welcher im germanischen Rechte der Beklagte näher ist, seine Unschuld darzuthun, als der Kläger, ihn seiner Schuld zu überführen. Das Nähere hierüber vergl. unten § 6 Anm. 5.

[43]) § 6—9.

[44]) Oben S. 38 ff.

[45]) Heusler, Eigenthumsverfolgung, S. 17. 18. Gewere, S. 492. Vergl. oben S. 67.

Die weitere Entwickelung der Anefangsklage beruht nemlich, wie später nachgewiesen werden soll, auf einer fortschreitenden Abschwächung des aus dem Besitze der gestohlenen Sache hervorgehenden Verdachtsmoments, eine Erscheinung, welche sich einfach daraus erklärt, dass es bei dem Anwachsen des Verkehrs immer schwieriger wurde, sich bei dem Erwerbe einer beweglichen Sache darüber Gewissheit zu verschaffen, ob an derselben ein Diebstahl begangen worden war. Denken wir uns nun in eine Zeit zurück, in welcher der Verkehr noch geringere Bedeutung hatte, als zur Zeit der Volksrechte, in welcher sich insbesondere der Tauschhandel in so engen Kreisen bewegte, dass jedes Gut nach der Geschichte seiner Erwerbung genau bekannt war, so ist es nicht bloss möglich, sondern sogar wahrscheinlich, dass der Besitz einer gestohlenen Sache eine praesumtio iuris et de iure dahin begründete, dass ihr Inhaber entweder der Dieb oder wenigstens ein Diebesgenosse sei. In dieser Vermuthung treffen wir aber mit Franken[46]) zusammen, nach dessen Ansicht dem germanischen Rechte, „weil erfahrungsgemäss gestohlenes Gut auf unlauteren Wegen weiter geht und in urwüchsigen Verhältnissen überhaupt von Kaufen und Verkaufen wenig die Rede ist", die Anschauung zu Grunde gelegen hätte, dass der Inhaber einer res furtiva „präsumtiv selbst der Dieb, eventuell der Hehler sei." Dass ein solcher Rechtszustand sehr wohl denkbar ist, ergiebt die Vergleichung des römischen Rechts. In diesem entspricht zunächst das furtum manifestum, welches nach den 12 Tafeln mit der poena capitalis bedroht war[47]), dem handhaften Diebstahl des deutschen Rechts; als fur manifestus wurde aber nach dem alten Rechte auch der bestraft, bei welchem die gestohlene Sache mittelst der formellen Haussuchung entdeckt worden war.[48]) Neben der actio furti manifesti bestand nach den 12 Tafeln die actio furti concepti[49]) und nach dem prätorischen Edict die actio furti prohibiti[50]), welche gegen denjenigen gehen, bei dem die Sache in Gegenwart von Zeugen gesucht und gefunden worden

[46]) a. a. O. S. 299.

[47]) Gaius III, 184. 189.

[48]) Gaius III, 192.

[49]) Gaius III, 186. 191.

[50]) Gaius III, 188. 192.

ist, oder der es verweigert hat, die Vornahme der Haussuchung zu gestatten. Die Aehnlichkeit dieser Klageformen einerseits mit der Anefangsklage, andererseits mit derjenigen Diebstahlsklage, welche die germanischen Quellen gegen den, welcher „resistit domum suam", gewähren, fällt in die Augen. Ueber den rechtlichen Grund der actiones furti concepti et prohibiti sind nun zwar von romanistischer Seite noch keine Untersuchungen angestellt worden [51]; indessen dürften die diesbezüglichen Quellenbestimmungen schwerlich auf andere Art erklärt werden können, als durch die Annahme von materiellen Präsumtionen für die Thäterschaft oder die Theilnahme des Besitzers der gestohlenen Sache und des der Haussuchung Widerstand Leistenden an dem Diebstahl. [52] Diese Vermuthung gewinnt an Wahrscheinlichkeit, wenn man in Erwägung zieht, dass die actio furti concepti, deren Statuirung eine grosse Härte zu involviren scheint, nur dann angestellt werden konnte, wenn die Sache im Besitze einer bestimmten Person in Folge einer Nachsuchung gefunden worden war. Weiter kommt in Betracht, dass der redliche Inhaber der res furtiva die gleichfalls auf das Dreifache gehende actio furti oblati [53] gegen denjenigen, welcher die gestohlene Sache in seine Gewahrsam gebracht hatte, erheben konnte. Die letztgedachte Klage greift nemlich zwar hauptsächlich (utique) dann Platz, „si (res furtiva) ea mente data fuerit, ut aput te potius quam aput eum, qui dederit, conciperetur"; sie ist aber nicht auf diesen Fall beschränkt, sondern unter der allgemeineren

[51]) Dass diese bemerkenswerthe Lücke in der romanistischen Literatur thatsächlich vorhanden ist, wird mir auf eine diesbezügliche Anfrage von einem angesehenen Romanisten bestätigt.

[52]) Gegen diese Auffassung kann nicht geltend gemacht werden, dass Gaius III, 186 ausdrücklich hervorhebt, die actio furti concepti gehe gegen denjenigen, bei dem die Sache vor Zeugen gesucht und gefunden worden sei, „quamvis fur non sit." Durch diese Bemerkung übt Gaius nemlich Kritik gegen die Theorie, welche abweichend von seiner persönlichen Ansicht, dass das Gesetz Niemand für einen Dieb erklären könne, der kein Dieb sei, sondern ihn nur wie einen solchen bestrafen könne, ein furtum manifestum lege und ein furtum lege anerkennt. (cf. § 194 ibid.). Dagegen will Gaius die Möglichkeit, dass die im Text hervorgehobenen Thatbestände nach der Auffassung der 12 Tafeln und des prätorischen Edicts eine praesumtio iuris et de iure für die Schuld des Weigernden erzeugten, keineswegs ausschliessen.

[53]) Gaius III, 187. 191.

Voraussetzung zulässig, dass die „res furtiva tibi ab aliquo obata sit, eaque aput te concepta sit.“ Könnte hiernach die actio furti oblati als die Regressklage des redlichen Drittbesitzers, welcher der actio concepti gegenüber unterlegen ist, gegen seinen Auctor angesehen werden, so würde die Abweichung des germanischen Rechtes von dem römischen darin liegen, dass in dem lersteren die actio furti oblati (d. h. der Gewährszug) einen Incidentstreit der actio furti concepti (d. h. des Anefangsverfahrens) bildet. Es wird unten dargethan werden, dass diese Auffassung durch die Bestimmungen der Volksrechte insofern unterstützt wird, als die den Gewährszug betreffenden Vorschriften[54]) in der That auf die Annahme hinweisen, dass in prähistorischer Zeit der Besitzer einer res furtiva auch nach germanischem Rechte von dem Gegenbeweise gegen die Diebstahlsbeschuldigung ausgeschlossen war. Ist dieses aber richtig, so ist auch die Möglichkeit, dass ursprünglich gegen den Inhaber der *düve* das Verfahren auf handhafter That Platz griff, d. h. dass das furtum conceptum unter den Begriff des furtum manifestum fiel, gegeben.[55])

[54]) Vergl. unten § 10.

[55]) In diesem Zusammenhange zwischen dem Anefangsverfahren und dem Verfahren auf handhafter That ist vielleicht die Erklärung für ein in der Lex Salica begegnendes schwer verständliches Wort zu suchen. Der Titel 47 der Lex Salica, welcher von der intertiatio handelt, trägt nemlich die Ueberschrift: „de filtortis“ (*Varianten*: „filtortus“, „feltortus“, „feltortis“, „filtorto“); einige Handschriften fügen hinzu: „qui lege salica vivunt.“ Ausserdem findet sich „filtorto“ noch in Capitul. II c. 1 zur Lex Salica (Behrend-Boretius p. 93), hier mit der Variante „feltroctum“. — J. Grimm (Vorrede zur Lex Salica bei Merkel p. VII. VIII leitet „filtortus“ von „filum torquere“ (Faden winden; filtortus = mit dem Faden umwunden) her und nimmt an, dass mit diesem Worte der Anefangsbeklagte gemeint sei. Auch Müllenhoff (bei Waitz, Altes Recht der sal. Franken S. 282) erklärt: „ich weiss kein deutsches Wort darin zu erkennen.“ Zoepfl, welcher früher (vergl. Euua Chamavorum p. 75) die Ansicht Grimm's adoptirte, hat später (vergl. Deutsche Rechtsgeschichte, Aufl. IV. Bd. III. S. 158 Anm. 16, und bei Clement, Forschungen über das alte Recht der salischen Franken. Bibliothek für Wissenschaft und Litteratur, Bd. III. p. XV und S. 292) in der Variante „feltroctum“ die richtige Form des Wortes zu finden geglaubt und dasselbe für eine Zusammensetzung von *„fel“* (ahd. *felgan;* alts. *felgian* = plagiare) und „troctum“ (von *treken* = ziehen) erklärt. Das Ganze soll dann in dem Capitulare bedeuten: „er (der Kläger) ziehe die gestohlene Sache an sich.“ Diese Ueber-

setzung ist aber sehr wenig befriedigend, da an der Stelle, an welcher „feltroctum“ in dem Capitulare steht, gerade mit besonderer Betonung und im Gegensatze gegen das Vorhergehende von einem Falle gehandelt wird, in dem der Anefangsbeklagte nicht bloss zur Herausgabe der Sache, sondern auch zur Zahlung der Diebstahlsbusse verurtheilt werden soll. Aehnlich leitet auch Kern (Hessels und Kern, Lex Salica p. 536) „filtortus“ (*firtohrt, fertrocht*) von „*vertrekken*“ her. Nach Clement (a. a. O. S. 212 ff.) endlich wären die filtorti des Titels 47 identisch mit „Feldorten“, d. h. den im offenen Lande gelegenen Dörfern, in denen das salische Recht galt. Clement (a. a. O. S. 292) muss aber selbst zugestehen, dass bei dieser Annahme der bezügliche Passus des Capitulare II unübersetzbar ist. — Halten wir nun an der Erklärung Grimm's fest, so dürfte vielleicht folgende Vermuthung über die Bedeutung des räthselhaften Wortes begründet erscheinen. Mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit lässt sich annehmen, einerseits, dass „filtortus“ zur Bezeichnung einer Person dient, andererseits, dass es in ganz specieller Beziehung zu dem Anefangsverfahren steht. Ersteres ergiebt sich aus den Worten: „qui lege salica vivunt“, welche in einigen Handschriften der Ueberschrift des Titels 47 hinzugefügt werden, Letzteres aus dem Umstande, dass die beiden einzigen Stellen, in denen das Wort begegnet, von dem Anefang handeln. Einen weiteren Anhalt bietet die Satzverbindung, in welcher „filtorto“ in dem Capitulare II gebraucht wird: „si nec istud fecerit, ille qui eas intertiaverat, suo filtorto.“ Hier ist jedenfalls ein Wort zu ergänzen, wahrscheinlich jedoch nicht „sit“, sondern „habeat“, sodass der Sinn der Stelle wäre: „wenn der Beklagte nicht nachweist, dass die geanefangte Sache aus der Erbschaft seines Vaters herrührt, so soll ihn der Kläger als seinen filtortus haben, ansehen dürfen.“ Filtortus würde demgemäss an „iactivus“ (iactivum habere) erinnern. Aehnlich erklärt diese Stelle, welche, wie Waitz (Altes Recht, S. 157 Anm. 1) mit Recht bemerkt, über die Bedeutung des Wortes „filtortus“ allein Aufschluss geben kann, auch Boretius (Lex Salica p. 93 Anm. 5) Der Faden ist nun ein in den Quellen der späteren Zeit häufig begegnendes Rechtssymbol (vergl. Grimm, Rechtsalterthümer, S. 182 ff.), zunächst das Symbol der Umzäunung und damit des Hausfriedens. So heisst es in niederösterreichischen Weisthümern „ein jeder hausgesessen soll frid haben in seinem hauss, wär es halt nur mit einem zwirnfaden umbfangen.“ (Osenbrüggen, Hausfrieden, S. 4 und Graff und Dietherr, Rechtssprüchwörter, S. 383.) Werden Personen mit einem Seiden- oder Zwirnsfaden umwunden, so liegt darin eine symbolische Fesselung, welche gewiss am häufigsten bei der ritterlichen Haft vorkam, die aber auch bei der Zulieferung schädlicher Leute erwähnt wird (Grimm, R. A. a. a. O.). Dürften wir nun annehmen, dass in der Lex Salica der Anefangsbeklagte als mit einem Faden umwunden gedacht wird, so würde es nahe liegen, an das Binden des auf handhafter That ertappten Diebes zu denken. Auch eine Beziehung auf das Aufbinden der gestohlenen Sache wäre nicht ausgeschlossen, obgleich diese Uebung in den Quellen der fränkischen Zeit noch nicht erwähnt wird. Dahingestellt kann es dabei bleiben, ob der Beklagte wirklich mit einem Faden gebunden, oder an die Sache geknüpft wurde, oder ob die Symbolik lediglich eine sprachliche ist; jedenfalls würde in „filtortus“ eine Ver-

§ 6.

Das Beweisverfahren.

I. Das Princip der Beweisvertheilung.

Der Mangel einer scharfen Trennung zwischen Civil- und Criminalprocess, welcher, wie bereits oben [1]) hervorgehoben wurde, für das altgermanische Recht im Allgemeinen characteristisch ist, macht sich auch auf dem Gebiete des Beweisrechts geltend. Die obersten Principien des letzteren sind für beide Gattungen des Verfahrens die gleichen, während die zahlreichen Abweichungen, welche in Einzelnheiten hervortreten, auf die Verschiedenheit des Gegenstandes, des Zweckes und des Erfolges der verschiedenen Klagenspecies zurückzuführen sind. Hieraus ergiebt sich von vorneherein, dass die formalprocessualischen Beweisgrundsätze, welche bei der Anefangsklage zur Anwendung gelangen, an sich keinen Aufschlusss darüber gewähren können, ob dieselbe als bürgerliche oder als Strafklage aufzufassen ist. Von um so grösserer Wichtigkeit für die Beantwortung dieser Frage ist dagegen die Feststellung des Princips der Beweisvertheilung und des Inhalts der zum Beweise gelangenden Behauptungen. Die Regeln, welche die Quellen nach dieser Richtung hin für massgebend erklären, müssen bei der bedeutungsvollen Rolle, welche dem Beweisurtheile im germanischen Processe zukommt [2]), mit Nothwendigkeit er-

gleichung des Anefangsbeklagten mit dem gefesselten Diebe liegen. Der gefesselte Dieb ist aber zugleich der „offenbare“, „überwiesene“ Dieb, dessen Schuld „scheinbar“ ist. Fasst man „filtortus“ in diesem Sinne, so würde es nach dem oben Bemerkten im Capitul. II cit. ganz am Platze sein (der Besitzer der Sache, welcher nicht nachweist, wie er zu derselben gekommen ist, soll als überwiesener Dieb angesehen werden) und das „suo filtorto“ würde ausserdem an die in späteren Quellen gebrauchte Wendung: *„er greyffe in an for seynen dief“* erinnern. Auch die Rubrik des Titels 47 würde bei dieser Erklärung einen passenden Sinn geben (de filtortis = von den überwiesenen Dieben). Jedenfalls dürfte die hier vorgeschlagene Interpretation den Vorzug vor der Annahme Grimm's (bei Merkel l. c.), dass der Anefangsbeklagte durch das Umwinden seiner Hände als ein durch Rechtsgeschäft Verpflichteter dargestellt werden sollte, sowie vor der Hypothese Siegel's (a. a. O. S. 92 Anm. 14), dass die intertiirte Sache mit dem Faden bestrickt worden sei, verdienen.

[1]) S. 29.

[2]) Vergl. z. B. Planck, Beweisurtheil, S. 46 ff. Gerichtsverfahren, Bd. II. S. 13. 211 ff. v. Bar, Das Beweisurtheil des germanischen Pro-

kennen lassen, um welchen Gegenstand es sich bei der Entscheidung des Rechtsstreits eigentlich handelt, oder welcher von mehreren der Aburtheilung unterliegenden Gegenständen als der wesentliche anzusehen ist. Es wird demgemäss unsere Aufgabe sein, darzuthun, dass sich das Beweisverfahren im Anefangsprocesse entweder ausschliesslich oder doch in erster Linie mit der Frage beschäftigt, ob der Anefangsbeklagte an dem von dem Kläger behaupteten Diebstahl schuldig oder nichtschuldig sei. Speciell werden wir unser Augenmerk darauf zu richten haben, die Eigenthümlichkeiten, welche das bei der Anefangsklage geltende Beweisrecht unzweifelhaft aufweist, mit ihrem strafprocessualischen Character in Einklang zu bringen. Als Massstab für die Vergleichung muss hierbei, da das Verfahren auf handhafter That nach dem bereits oben [3]) Ausgeführten in dieser Beziehung nicht in Betracht kommen kann, die schlichte Ungerichtsklage (wie sie Planck [4]) im Gegensatze zu den verstärkten Klagformen treffend benennt) herangezogen werden. Bei dieser gilt nun nach der wohl auch heute noch herrschenden Ansicht [5]) das Princip, dass der Beklagte näher ist, den

cesses, insbes. S. 15. 235 ff. Haenel, Beweissystem des Sachsenspiegels, S. 22 ff. Siegel, Gerichtsverfahren, S. 111. 152 ff. Sohm, Process, S. 140 ff.

[3]) § 5 (insbes. S. 93 Anm. 42.)

[4]) Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 369 ff.. S. 757 ff.

[5]) Vergl. insbesondere Albrecht, Doctrinae de probationibus secundum ius Germanicum medii aevi adumbratio. Pars prior. Regiomonti 1825. p. 3. 4. v. Maurer, Kritische Ueberschau, Bd. V. S. 337 ff. Jolly, Das Beweisverfahren nach dem Rechte des Sachsenspiegels. Rogge, Das Gerichtswesen der Germanen, S. 214 ff. Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, Bd. I. S. 167 ff. Haenel, Das Beweissystem des Sachsenspiegels, S. 93. Sachsse, Das Beweisverfahren nach deutschem Rechte mit Berücksichtigung verwandter Rechte des Mittelalters, S. 216 ff. Walter, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 724. Zoepfl, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. III, S. 397 ff. Planck, Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. X. S. 229 ff. Derselbe, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 745 ff. Homeyer, Richtsteig Landrechts, S. 483 ff. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. I. S. 37 ff. v. Kries, Der Beweis im Strafprocess des Mittelalters, S. 68. — Die in diesen Schriften niedergelegte „herkömmliche“ Auffassung des deutschen Beweisrechts bei den Klagen um Ungericht bekämpft R. Loening, Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen im deutschen Mittelalter. Heidelberg 1880. Loening (a. a. O. S. 12) stellt seinerseits folgendes Princip auf: „Leugnet der Beklagte die ihm zur Last gelegte Strafthat, so ist es in erster Linie, Sache des Klägers, den thatsächlichen Grund seiner Klage durch objective

Beweis für seine Unschuld zu erbringen, als der Kläger, ihn seiner Schuld zu überführen. Und zwar ist

Gründe zu bewahrheiten; unterlässt er es aber, in dieser Weise den Klagebeweis zu führen, so ist es an dem Beklagten, sich eidlich zu reinigen." Trotz des umfangreichen Quellenmaterials, welches R. Loening für die von ihm vertheidigte Ansicht beibringt, können wir derselben zum mindesten für die Zeit der Volksrechte nicht beipflichten. Da eine eingehende Widerlegung der Behauptungen Loening's zu weit führen würde, beschränken wir uns an dieser Stelle darauf, folgende Bedenken, welche seiner Schlusssetzung entgegengehalten werden können, hervorzuheben. — 1) Die Durchführung des von Loening aufgestellten Princips ergiebt eine ungerechtfertigte Belastung des Beklagten, welche weder unseren modernen noch den altgermanischen Anschauungen entspricht: der Beklagte muss sich nach Loening die Ueberführung durch den Kläger gefallen lassen, bei beweisloser Klage aber seinerseits den Unschuldsbeweis erbringen. Diesem Einwande sucht Loening durch seine Ausführungen S. 293 ff. zu begegnen; er verkennt jedoch, dass die Ableistung eines Eides im altgermanischen Processe im eminenten Sinne eine „Gefahr" war, und dass weiter die so häufig vorgeschriebene Verstärkung des Reinigungseides durch Eideshelfer eine erhebliche Erschwerung des dem Beklagten obliegenden Beweises zur Folge hatte. — 2) Zur Erklärung des Beweisvorzuges, welchen nach der herrschenden Ansicht der Beklagte geniesst, braucht man nicht auf die besondere Wahrheitsliebe und Gewissenhaftigkeit der Germanen hinzuweisen. Formell-juristisch steht dieses Princip im engsten Zusammenhange mit dem altgermanischen Beweisurtheile, welches alternativ auf Beweiserbringung oder Busse gerichtet ist und sich ursprünglich nur an eine Partei, nemlich an diejenige, welche eventuell die compositio zu zahlen hat, wendet. Die innere Rechtfertigung des Reinigungseides als principalen Beweismittels liegt aber darin, dass das älteste Recht dem Verletzten nicht den Zwang auferlegte, dem Verletzer ein Vertrauen entgegenzubringen, welches derselbe nicht verdiente. Neben dem Rechtswege stand nemlich, wie Loening an anderer Stelle (Vertragsbruch S. 48 ff.) selbst hervorhebt, dem Verletzten die Fehde als ein Mittel, sich Genugthuung zu verschaffen, offen. In der Erhebung der Klage lag dementsprechend die Aufforderung zur gütlichen Beilegung des zwischen den Parteien obwaltenden Streites, zur Abschliessung des Sühnevertrages. Der Verletzte wird daher regelmässig nur dann auf die Fehde verzichtet und den Anspruch auf die compositio geltend gemacht haben, wenn er die Ueberzeugung hatte, dass der Verletzer und seine Blutsfreunde lieber die Folgen der begangenen Strafthat auf sich nehmen, als einen Meineid leisten würden. — 3) Dass der Klagebeweis bei dem Verfahren auf handhafter That seiner ursprünglichen Bedeutung nach ein Reinigungsbeweis ist, ist bereits oben S. 93 ff. Anm. 42 ausgeführt worden. Die diesbezüglichen Bestimmungen der Quellen, auf welche Loening, Reinigungseid S. 65. 80 ff. ein ganz besonderes Gewicht legt, sprechen also gerade gegen die von ihm vertretene Ansicht. 4) Nach der Auffassung des germanischen Rechts ist der Zweikampf nicht, wie Loening (S. 75) annimmt, den übrigen Beweismitteln gleichwerthig; die Kampfklage ist vielmehr eine

der Beklagte, worauf es für uns wesentlich ankommt, befugt, die Klage *„schlicht“* zu *„versaken“*, d. h. ohne Mittheilung von

eigenthümliche Art der Ansprache, welcher als Antwort das Erbieten zur Abschliessung des Kampfvertrages gegenübersteht. Daraus, dass die Initiative, d. h. die Befugniss zum kampflichen Gruss, ausschliesslich dem Kläger (oder dem Angreifenden im Allgemeinen) zusteht, kann also keineswegs geschlossen werden, dass der Zweikampf„ ein wesentlich klägerisches Beweismittel“ sei. Vielmehr wird man, der Ausdrucksweise der Quellen folgend, annehmen müssen, dass der Beklagte, wie bei der schlichten Ansprache durch den Reinigungseid, so bei der Kampfklage durch die „defensio per pugnam“ seine Unschuld darzuthun hatte. Die Eigenthümlichkeit des Zweikampfes liegt demgemäss in dem rein äusserlichen Moment, dass seine Durchführung die Thätigkeit beider Parteien erfordert. — 5) Die Lex Salica nimmt, wie bereits Siegel a. a. O. S. 267 ff. dargethan hat, hinsichtlich des Beweisrechts insofern eine Sonderstellung ein, als in ihr das bewusste Bestreben hervortritt, den Reinigungseid des Beklagten einerseits durch den klägerischen Zeugenbeweis, andererseits durch das Ordal des Kesselfangs zu verdrängen. Die Erklärung hierfür bietet der Prolog. II. Leg. Salic. (Behrend-Boretius p. 125), welcher als den Zweck des Gesetzes die Beseitigung der Fehde bezeichnet (vergl. Loening, Vertragsbruch, S. 49 Anm. 18). Nach dem oben ad 2) Ausgeführten konnte kaum ein wirksameres Mittel gefunden werden, um dem Verletzten den Rechtsweg annehmbar erscheinen zu lassen, als die Beseitigung oder Erschwerung des Reinigungsbeweises. Im Uebrigen soll nicht in Abrede gestellt werden, dass ausnahmsweise auch in anderen Quellen die Ueberführung des Beklagten durch den Kläger und seine Zeugen erwähnt wird. 6) Der grösste Theil der Bestimmungen, aus denen Loening die Existenz eines Klagebeweises darzuthun sucht, kann m. E. nach dieser Richtung hin überhaupt nicht in Betracht kommen. Insbesondere berechtigen die in den Volksrechten häufig wiederkehrenden Wendungen. „si convictus, superatus, comprobatus fuerit (reus)“ keineswegs zu dem Schlusse, dass die Bestimmungen, in welchen sie begegnen, eine Beweisführung des Klägers voraussetzen. Die gedachten Ausdrücke bedeuten vielmehr eben dasselbe, wie „iactivus.“ Convictus, superatus, comprobatus (d. h. sachfällig) ist daher wie aus zahlreichen Processformeln (vergl. z B. die Formel 471 bei Rozière Bd. II. S. 573: „professus vel probatus“) hervorgeht, der Beklagte auch dann, wenn er seine Schuld zugestanden, wenn er sich garnicht oder in unzulässiger Weise vertheidigt, oder endlich, wenn er den von ihm angetretenen Beweis nicht erbracht hat. Das Gleiche gilt für einen Theil der Quellenbestimmungen sogar von solchen Wendungen, wie: „si adprobaverit (actor)“ oder: „si ei (reo) adprobatum fuerit.“ Es handelt sich hier lediglich um eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, welche sich daraus erklärt, dass die bezüglichen Stellen lediglich das Resultat des Processes, nicht dagegen die Frage der Beweisvertheilung im Auge haben. Auch noch in einem anderen Sinne begegnet das von Loening so sehr betonte: „si convictus fuerit“, nemlich in der Verbindung: „si negaverit et postea convictus fuerit.“ (Vergl. z. B. Lex Ribuar. c.

Gründen eine Erklärung des Inhalts abzugeben, dass er die von dem Kläger gegen ihn erhobene Anschuldigung für unbegründet halte.[6]) Insbesondere kann von dem Beklagten nicht verlangt werden, dass er sich über die in der Klage behaupteten Thatsachen vernehmen lasse, dieselben, soweit sie richtig sind, zugestehe und diejenigen thatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkte, aus denen er seine Schuldlosigkeit herleitet, einredeweise geltend mache.[7]) Beklagter kommt vielmehr, wenn er sich nicht

54 § 1. 82 § 1. 86 § 2.) Loening übersieht vollständig, dass sich das hier erwähnte „negare" nicht etwa auf das gerichtliche Bestreiten einer bereits erhobenen Klage, sondern auf das aussergerichtliche Ableugnen der Schuld an einem begangenen Verbrechen bezieht. Die Verheimlichung der Thäterschaft bildet also in den soeben citirten Stellen ein Thatbestandsmerkmal, welches die Strafbarkeit des Schuldigen erhöht. „Postea convictus" ist Letzterer daher dann, wenn trotz seines Leugnens nachträglich Umstände ermittelt werden, welche jeden Zweifel an seiner Schuld ausschliessen, und deren Feststellung wenigstens seine Blutsfreunde regelmässig davon abhalten wird, den an sich zulässigen Reinigungs- oder Helfereid, von dessen Unwahrheit bei so bewandter Sachlage jeder Dritte überzeugt wäre, abzuleisten. — Diese Andeutungen mögen genügen, um unser Festhalten an der von Loening bekämpften Ansicht, nach welcher im Ungerichtsverfahren dem Beklagten das Beweisvorrecht zusteht, zu rechtfertigen.

[6]) Vergl. insbes. Planck, Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. X. S. 292. ff. Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 431 ff. 744 ff. v. Bar, Beweisurtheil, S. 58. Haenel, Beweissystem, S. 94 ff., insbes. S. 100 ff. Homeyer Richtsteig Landrecht's, S. 486 ff.

[7]) Die Richtigkeit dieses Satzes ergiebt sich mit besonderer Deutlichkeit aus folgender langobardischen Formel zu Edict. Rothar. c. 32 (Monum. Germ. hist. leg. sect. I. t. IV. p. 302): „Petre, te appellat Martinus, quod tu occidisti suum patrem. — Ego inveni in curte mea illum tacito, et noluit michi dare manus ad ligandum, et ita occidi illum. — Et ita probet; sin autem, probet appellator, quod eum ita non interfecerit, aut ipse qui appellatus est iuret cum suis sacramentalibus, quod ita eum interfecisset. — Sed melius est, ut dicat, quod non occidi illum, quod emendare debeam per legem. — Der langobardische Jurist giebt hier also dem Beklagten, welcher den Vater des Klägers auf handhafter That erschlagen hat, den Rath, sich nicht auf die Geltendmachung einer Einrede des Inhalts, dass der Getödtete zur Nachtzeit in seinen Hof eingedrungen sei und der Fesselung Widerstand entgegengesetzt habe, einzulassen, sondern einfach zu erklären, dass er einen strafbaren Todtschlag überhaupt nicht begangen habe. Vergl. ferner Formel zu Edict. Rothar. c. 2 (Monum. Germ. hist. leg. sect. I. tom. IV. p. 292). — Das Beweisvorrecht des Beklagten hinsichtlich der von ihm geltendgemachten Einreden und positiven Gegenbehauptungen ist demgemäss ein Ausfluss seiner Befugniss zur un-

näher äussern will, sondern nach sorgfältiger und gewissenhafter Prüfung die Ueberzeugung ausspricht, dass er *„unschuldich si"* [8]), zum Beweise der Negative, welcher durch Eineid, Eid mit Eideshelfern, Ordal oder im Zweikampfe geführt wird. Das Recht des Beklagten zur unsubstantiirten Klageverneinung ist also für die Gestaltung des Beweisrechts bei der schlichten Strafklage, speciell auch bei der gewöhnlichen Diebstahlsklage durchaus bestimmend. Hiernach werden wir zu prüfen haben, ob der Anefangsbeklagte der in dem Anefang liegenden Diebstahlsbezichtigung gegenüber die gleiche Befugniss hat, und ob für den Fall, dass wir das Gegentheil finden sollten, trotzdem angenommen werden darf, dass in der Anefangsklage eine persön-

substantiirten Klageverneinung, welche zu dem motivirten *versaken* in dem Verhältniss des plus zum minus steht. Vergl. auch Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 744 ff.

[8]) Die in der vorigen Anmerkung mitgetheilten Quellenstellen bestätigen gleichzeitig die insbesondere von Planck, Gerichtsverfahren, Bd. II. S. 3 ff., 27 ff. vertretene Ansicht, dass der altgermanische Parteieneid, insbesondere der Unschuldseid des Beklagten, nicht Thatsachen, sondern Urtheile zum Gegenstande gehabt habe. Weshalb dieses Princip, wie R. Loening, Reinigungseid, S. 15 Anm. 1 ohne zureichende Begründung behauptet, gerade in dem Ungerichtsverfahren keine Anwendung gehabt haben soll, ist unverständlich, da ein Unterschied zwischen Civil- und Strafklagen nach dieser Richtung hin schwerlich aufzufinden sein dürfte. Die Quellen ergeben vielmehr unzweifelhaft, dass auch der um Ungericht Beklagte, welcher sich auf *„schlichtes versaken"*, d. h. auf die Versicherung, dass *„he unsculdich si"*, beschränkt, ein auf Prüfung sämmtlicher in Betracht kommenden thatsächlichen und rechtlichen Momente beruhendes Urtheil über die Schuldfrage abgiebt. In gleicher Art würde sich aber auch eine Beweisführung des Klägers, durch welche Beklagter der ihm zur Last gelegten Strafthat überführt werden soll, nicht bloss auf die zum Thatbestand des Vergehens gehörende äussere Handlung, sondern auch auf die innere Willensrichtung des Thäters und alle übrigen rechtlichen Erfordernisse beziehen müssen. Da nun die Zeugen des Klägers dieselbe Behauptung beschwören, wie dieser, so wird die Abneigung des germanischen Rechts gegen den klägerischen Zeugenbeweis und gegen den Klagebeweis im Allgemeinen auch von dem hier angeregten Gesichtspunkte aus erklärlich. Da nemlich ein näheres Eingehen auf das Vorbringen der Parteien bei dem formalen Character des altgermanischen Beweisverfahrens unthunlich war, gab man dem Urtheil des ohne Zweifel besser informirten Beklagten den Vorzug vor dem Urtheil des Klägers und seiner Zeugen, deren Aussage doch nur hinsichtlich der äusseren Handlung des Klägers „Wahrheit", im Uebrigen aber lediglich eine „Vermuthung", einen „Wahn" (vergl. Glosse zu Sachsensp. III. c. 37 bei Zobel, Ausgabe v. 1561, f. 382 v.) ergeben konnte.

liche „Schuldigung" gegen den Besitzer der gestohlenen Sache enthalten ist.

Unserer Meinung nach characterisirt sich nun das für das Anefangsverfahren massgebende Beweisrecht als eine den Grundprincipien des altgermanischen Processes entsprechende Verwerthung des aus dem Besitze der gestohlenen Sache erwachsenden Belastungsmoments für die Ueberführung des Diebes.[9]) Das ergiebt sich aus folgenden Erwägungen.

Wir haben oben[10]) die Vermuthung ausgesprochen, dass in prähistorischer Zeit der Besitz der gestohlenen Sache eine praesumtio iuris et de iure dafür erzeugt habe, dass der Besitzer an dem Diebstahl, durch welchen die Sache der Gewere des Klägers entzogen worden war, als Thäter oder Gehülfe theilgenommen habe. Aber auch zur Zeit der Volksrechte hat der Besitz der gestohlenen Sache noch keineswegs alle Bedeutung für die Ueberweisung des Diebes verloren. Das zeigt sich zunächst darin, dass bei dem Hinzutreten weiterer Indicien, so z. B., wenn die Sache bei der Haussuchung in einem verschlossenen Behältnisse vorgefunden wird, der Inhaber als offenbarer Dieb angesehen und bestraft wird.[11]) Liegt nun gegen den Besitzer der res furtiva garnichts Anderes vor, als eben der Umstand, dass er besitzt, so wird freilich höchstens der Verdacht, dass er den Diebstahl entweder selbst begangen oder die Sache wissend, dass sie eine *düve* sei, in seine Gewahrsam gebracht habe, begründet sein. Nichtsdestoweniger wird, wenn sich dieser Verdacht bestätigt, und der Inhaber als Dieb verurtheilt wird, die Thatsache seines Besitzes regelmässig den

[9]) Die im Texte entwickelte Ansicht über das Princip der Beweisvertheilung im Anefangsverfahren ist bisher noch nirgends mit voller Schärfe zum Ausdrucke gebracht worden. Zwar haben einige Schriftsteller (insbesondere Cropp a. a. O. S. 396 ff. Zoepfl a. a. O. Bd. III. S. 199 ff. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 834 ff.) richtig erkannt, dass die Feststellung des beklagtischen Besitzes auch für die strafrechtliche Ueberführung des Diebes von Wichtigkeit ist; im Uebrigen hat man aber die bei der Anefangsklage geltenden Beweisgrundsätze fast überall gerade aus dem „dinglichen" Character dieses Rechtsinstituts zu erklären gesucht. Vergl. z. B. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 40 ff. und unten § 8.

[10]) Vergl. oben S. 99 ff.

[11]) Vergl. oben S. 80 ff.

Mittelpunkt derjenigen Belastungsmomente bilden, auf Grund deren das Gericht die Ueberzeugung von seiner Schuld gewinnt. Das gilt allerdings zunächst nur für unser modernes auf die Erforschung der materiellen Wahrheit gerichtetes und auf dem Princip der freien Beweiswürdigung ruhendes Strafverfahren. Aber auch die formale Beweistheorie des altgermanischen Processes schliesst die Berücksichtigung von Indicien nicht gänzlich aus; nur musste das objective Recht dieselben als solche rechtlich anerkennen, ihre Voraussetzungen, ihre Tragweite und die Grenzen ihrer Beweiskraft genau bestimmen, m. a. W. sie in den Process einordnen und sie insofern des Characters von „Inzichten“ entkleiden, als mit diesem Begriffe nach moderner Anschauung gleichzeitig der Gedanke an die Freiheit der Beweiswürdigung verbunden wird. Alles dieses kann nun auch auf das aus dem Besitze der gestohlenen Sache hervorgehende Verdachtsmoment angewendet werden. Wollte das germanische Recht demselben beweisende Kraft zusprechen, so musste es seine processualische Bedeutung ein für alle Male feststellen, d. h. für die Fälle, in denen dasselbe berücksichtigt werden sollte, ein eigenes Beweisverfahren schaffen. Versuchen wir es jetzt, ein solches formales Beweisverfahren, bei welchem das aus dem Besitze der res furtiva geschöpfte Indicium unter Beobachtung der grundlegenden Principien des altgermanischen Beweisrechts in sachgemässer Weise verwerthet wird, zu construiren.

Hier ergiebt sich von vorneherein, dass von einem Verdacht gegen den Besitzer der in Anspruch genommenen Sache nur dann die Rede sein kann, wenn festgestellt ist, dass die unter ihm mit Anefang belegte Sache wirklich die dem Kläger gestohlene ist. Das wird aber durch die körperliche Ergreifung der Sache seitens des Anefangsklägers an sich nicht dargethan, sondern müsste erst auf andere Art bewiesen werden. Und zwar könnte der Beweis für diese Thatsache nur dem Kläger anvertraut werden, da im anderen Falle der Beklagte in die Lage gesetzt wäre, das ihm entgegenstehende Belastungsmoment ohne Weiteres zu beseitigen. Hätte nun der Kläger seine Behauptung, dass Beklagter Inhaber einer *düve* sei, bewahrheitet, so würde Letzterem die Aufgabe zufallen, den gegen ihn gerichteten Verdacht als unbegründet darzustellen. Zu diesem Zwecke müsste er den Nachweis führen, dass er den Besitz der

streitigen Sache nicht durch Diebstahl, sondern auf andere Art erlangt habe; er hätte also positive Behauptungen aufzustellen und zu erhärten, durch welche die von dem Kläger erhobene Anschuldigung, dass er die Sache gestohlen habe, widerlegt wird. Das Recht zur unsubstantiirten Verneinung dieser Bezichtigung dagegen müsste ihm, wenn anders nicht der von dem Kläger erbrachte Beweis illusorisch gemacht werden soll, abgeschnitten werden.

Hiernach gelangen wir zu einer doppelten Beweisführung im Anefangsverfahren: der Kläger hätte den Nachweis zu erbringen, dass er die intertiirte Sache durch Diebstahl verloren, der Beklagte, dass er ihren Besitz nicht durch Diebstahl erworben habe. Bei dieser Anordnung der Beweisvertheilung gerathen wir jedoch mit einem der wichtigsten Grundsätze des altgermanischen Processrechts in Collision. Nach dem Princip der Einseitigkeit des Beweises, dessen logische und historische Grundlage jedenfalls in dem alternativ auf Reinigung oder Erfüllung gerichteten Beweisurtheil zu suchen ist, kann nemlich nur eine Behauptung (welche vielleicht mehrere Thatsachen betrifft) und demgemäss auch nur eine Partei zum Beweise zugelassen werden.[12]) Wollen wir daher mit diesem allgemein anerkannten Princip im Einklange bleiben, so müssen wir einen von den oben ausgeworfenen Beweissätzen streichen. Welcher von beiden in Wegfall zu bringen ist, kann nun nicht zweifelhaft sein: der des Klägers. Dazu führt einerseits die Rücksicht auf den Vorzug, welchen das germanische Recht dem Entschuldigungsbeweise des Beklagten im Allgemeinen zu Theil werden lässt, und andererseits die Erwägung, dass der Kläger regelmässig nur darthun kann, dass die intertiirte Sache früher in seiner Gewahrsam gewesen und ihm durch Diebstahl entzogen worden sei. Würde Beklagter aber auf Grund einer derartigen Beweisführung des Diebstahls für schuldig erklärt werden, so hätte der Besitz der res furtiva nicht mehr die Bedeutung eines Indiciums, sondern die einer praesumtio iuris et de iure für die Schuld des Inhabers. Ferner kommt in Betracht, dass der Wegfall des Klagebeweises nicht bloss eine Entlastung des

[12]) Vergl. Planck, Beweisurtheil, S. 47. Gerichtsverfahren, Bd. II. S. 12 ff. Laband, Vermögensrechtliche Klagen, S. 46. Siegel, Gerichtsverfahren, S. 157. v. Bar a. a. O. S. 48 ff. Haenel, Beweissystem, S. 22 ff.

Klägers, sondern auch eine Verbesserung der processualischen Stellung des Beklagten herbeiführt, insofern nemlich die Vertheidigung des Letzteren auf diese Art von einer Schranke befreit wird, durch welche sie sonst eingeengt wäre. Das Princip der Einseitigkeit des Beweises hat nemlich ausser der oben hervorgehobenen auch noch die weitere Bedeutung, dass der directe Gegenbeweis gegen eine von der anderen Partei vorschriftsmässig dargethane Behauptung ausgeschlossen ist.[13]) Wäre der Anefangskläger also berechtigt und verpflichtet, beim Beginne des Processes seine Behauptung, dass die mit Anefang belegte Sache eine *düve* sei, zu erhärten, so würde diese Thatsache als definitiv feststehend angesehen werden müssen und auch von dem Beklagten nicht mehr in Zweifel gezogen werden können. Ist der Anefangskläger dagegen beweisfrei, so ist der Beklagte durch nichts gehindert, seinerseits geltend zu machen, dass der Kläger den Besitz der Sache auf andere Art als durch Diebstahl verloren, oder dass er dieselbe überhaupt niemals in seiner Gewahrsam gehabt habe.

Als Resultat dieser Erwägungen ergiebt sich ein Beweisverfahren, in welchem

1. der Kläger beweisfrei,
2. der Beklagte von der unsubstantiirten Klageverneinung ausgeschlossen ist,
3. nur solche Behauptungen des Klägers für erheblich angesehen und zum Beweise gestellt werden, durch welche der indirecte Gegenbeweis gegen die in der Klage enthaltene Diebstahlsbeschuldigung geführt wird.

Dass diese Sätze in der That das Princip, welches die Beweisvertheilung im Anefangsverfahren beherrscht, wiedergeben, wird in den nächstfolgenden Paragraphen dargethan werden. Hier soll nur noch die von uns versuchte Motivirung der obigen Beweisregeln näher gerechtfertigt werden. Bei Zugrundelegung der letzteren unterscheidet sich das bei der Anefangsklage Platz greifende Beweisrecht von dem bei der gewöhnlichen Strafklage geltenden, welches nach dem S. 105 ff. Ausgeführten als Massstab

[13]) Vergl. die Anm. 12 citirten Schriftsteller, insbesondere Planck, Gerichtsverfahren, Bd. II, S. 12 ff.; weiter auch R. Loening, Reinigungseid, S. 37 ff.

der Vergleichung heranzuziehen ist, durch die Ausschliessung der schlichten Klageverneinung und den für den Beklagten bestehenden Zwang zur substantiirten Antwort. Diese Beschränkung der Vertheidigung wird nun, wenn unsere Schlusssetzung richtig ist, lediglich dadurch bewirkt, dass der Kläger behauptet, dass die mit Anefang belegte Sache ihm durch Diebstahl entfremdet worden sei, während processualisch festgestellt nur die sogenannte „Passivlegitimation“ des Beklagten, d. h. sein Besitz an einer von dem Kläger in Anspruch genommenen Sache ist. Die Bedenken, welche dieser Erklärung entgegengehalten werden können, liegen auf der Hand. Es scheint kaum angänglich zu sein, die Eigenthümlichkeiten des für die Anefangsklage characteristischen Beweisrechts auf das aus dem Besitze der gestohlenen Sache hervorgehende Verdachtsmoment zurückzuführen, wenn die Qualität der geanefangten Sache als einer *düve* nicht ausser Streit ist. Insbesondere ist es aber von unserem modernen Standpunkte aus völlig unbegreiflich, dass die Stellung des Beklagten im Beweisrechte durch eine unbewiesene Behauptung des Klägers verschlechtert werden sollte. Scheint doch bei der weiteren Durchführung dieser Theorie die absurde Consequenz unabweislich, dass jedem Besitzer einer beweglichen Sache die Präsumtion entgegenstehe, dass er dieselbe gestohlen habe.

Im Rahmen des altgermanischen Rechtes ist nun aber die Regelung der Beweisvertheilung im Anefangsverfahren keineswegs absurd, ja nicht einmal unbillig. Zunächst ist die Präsumtion für die Richtigkeit der Behauptung des Klägers, dass die im Besitze des Beklagten befindliche Sache dem Ersteren gestohlen sei, keine materielle, sondern eine processualische, welche erst bei Erhebung des Anefangs in Kraft tritt. Weiter kommt in Betracht, dass das altgermanische Recht, wenn es nicht auf die Verwerthung des dem Inhaber einer res furtiva entgegenstehenden Verdachtsmoments für die strafrechtliche Ueberweisung desselben gänzlich verzichten wollte, aus den oben angeführten Gründen genöthigt war, die mit Anefang belegte Sache prima facie für die gestohlene gelten zu lassen. Ferner giebt bereits das älteste Recht Garantieen, welche den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache gegen eine frivole Anstellung der Anefangsklage sichern und ihm demgemäss ein Aequivalent für die Beweisfreiheit des Klägers bieten. Hierher gehört die Beschränkung

des Anefangs auf deutlich erkennbare Sachen, die Bussen, welche dem Kläger für den Fall seines Unterliegens drohen, insbesondere aber der von dem Kläger zu leistende Voreid.[14]) Dieses iuramentum calumniae, welches die Quellen von dem Anefangenden verlangen, enthält eine unzweideutige Bestätigung für die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht; denn dasselbe dient dem Zwecke, die Qualität der intertiirten Sache als einer *düve* glaubhaft zu machen, ohne sie im juristischen Sinne zu beweisen. Aber auch, wenn von jenen dem Beklagten zur Seite stehenden Schutzmitteln gänzlich abgesehen wird, ist die processualische Stellung desselben in Wahrheit keine so ungünstige, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat. Seine Vertheidigung ist nemlich nur nach der einen Richtung hin beschränkt, dass das objective Recht sein „*schlichtes versaken*" für unzulässig erklärt und von ihm fordert, dass er angebe, auf welche Art er die streitige Sache erworben habe, dass er seinen Besitz legitimire. Ob der von ihm zu erbringende Beweis schwerer ist, als derjenige, welcher ihm bei der schlichten Diebstahlsklage obliegen würde, hängt dagegen wesentlich davon ab, welcher Beweismittel er sich in dem einen oder dem andern Falle zu bedienen hat. Hiernach ist es aber keineswegs ausgeschlossen, dass die Beweisführung des Anefangsbeklagten sich unter Umständen sogar als eine besonders leichte characterisiren kann, dass er z. B. mittelst Eineides loskommt, während er sich der actio de suspectione gegenüber durch einen Helfereid oder durch Ordal reinigen müsste. Dass man nun von dem Besitzer der Sache, welche der Kläger als eine ihm gestohlene bezeichnete, Auskunft darüber verlangte, auf welche Art er die Gewahrsam derselben erhalten habe, kann aber unmöglich als eine Unbilligkeit angesehen werden. Wenn der Anefangsbeklagte diese Anforderung nicht erfüllte, so sind dafür nur zwei Gründe denkbar: entweder wollte er keine näheren Angaben machen, oder er konnte dieses nicht. In dem ersten Falle würde es auch unseren modernen Anschauungen nicht widersprechen, wenn aus der Weigerung des Besitzers der Schluss gezogen würde, dass die unter ihm befindliche Sache eine unredlich erworbene sei.[15]) Für das formale

[14]) Näheres hierüber wird unten § 7 mitgetheilt werden.

[15]) Auch in der heutigen gerichtlichen Praxis kann es vorkommen, dass eine bei einer verdächtigen Person gefundene Sache, deren redlicher Erwerb nicht dargethan werden kann, als eine gestohlene angesehen wird,

Beweisverfahren des altgermanischen Rechts steht ein derartiges Verhalten des Beklagten aber ganz auf der gleichen Stufe, wie der Widerstand gegen die Haussuchung oder den Anefang[16]), und es ist daher nur consequent, wenn man den Beklagten, der es ablehnte, substantiirt zu antworten, vom Unschuldsbeweise überhaupt ausschloss und der Behauptung des Klägers, die intertiirte Sache sei eine *düve* und Beklagter der Dieb, ohne Weiteres Glauben schenkte. Der zweite Fall, dass Jemand ohne eigenes Verschulden ausser Stande war, aufzuklären, wie er zu einer bestimmten in seinem Besitze befindlichen Sache gekommen sei, dürfte in einer Zeit, in welcher „das Mobiliarvermögen ein beschränktes und jedes einzelne Stück nach der Geschichte seiner Erwerbung genau bekannt war", beim regelmässigen Verlauf der Dinge so selten vorgekommen sein, dass es leicht erklärlich ist, dass man auf diesen Einwand keine Rücksicht nahm. Gegen eine dolose Ausnutzung des bei der Anefangsklage geltenden formalen Beweisrechts wäre der Beklagte aber auch durch einen förmlichen Beweis des Klägers nicht geschützt worden. Das zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit, wenn man sich die Lage desjenigen vergegenwärtigt, in dessen Haus der Dieb die von ihm gestohlene Sache heimlich niedergelegt, oder in dessen Gewahrsam ein Dritter eine eigene oder fremde Sache in der Absicht, ihn in den Diebstahlsverdacht zu bringen, eingeschmuggelt hat. Wurde in diesen Fällen die Sache demnächst gefunden und mit Anefang belegt, so war dem Beklagten die Legitimation seines Besitzes aus thatsächlichen Gründen unmöglich, während der Anefangskläger das diebliche Abhandenkommen der Sache entweder mit gutem Gewissen beschwören konnte, oder doch kein Bedenken getragen hätte, einen Meineid zu leisten und denselben durch gleichfalls meineidige oder nicht genügend informirte[17]) Zeugen bestärken zu lassen. Eine derartige Unterschiebung von corpora delicti ist ja in alter Zeit unter der Herrschaft der formalen Beweistheorie häufig

obgleich weitere Anhaltspunkte für die Annahme eines an ihr begangenen Diebstahls nicht vorliegen. Vergl übrigens auch Pr. Allg. Landr., Th. I. Tit. VII §§ 184—186. IX. § 70—73. XV. § 39—41.

[16]) Vergl. oben S. 80 ff.

[17]) Vergl. die unten (§ 19) folgenden Ausführungen über den Inhalt der Beweisführung des Anefangsklägers im späteren Mittelalter.

genug vorgekommen.[18]) Das beweist die alttestamentarische Erzählung von Joseph und seinen Brüdern, das ergiebt sich aus den uralten Formalitäten der römischen Haussuchung, welche das Hineintragen der res furtiva in das zu durchsuchende Haus verhindern sollen[19]), sowie aus dem Sachsenspiegel und zahlreichen anderen Quellen[20]), welche an die Möglichkeit denken, dass die *düve* durch das Fenster in die beschlossene Gewere hineingeschoben worden sei. Endlich hängt hiermit auch die actio furti oblati des römischen Rechts zusammen, welche hauptsächlich dann Platz griff, wenn eine gestohlene Sache, welche bei dem Kläger gefunden war, demselben von einem Dritten „ea mente data fuerit, ut aput te potius quam aput eum qui dederit conciperetur.“[21]) Den gleichen Fall behandelt eine Bestimmung der germanischen Volksrechte, in welcher ausdrücklich vorausgesetzt wird, dass derjenige, dem man die *düve* untergeschoben hatte, unschuldig verurtheilt worden ist und demnächst gegen den Unterschiebenden auf Entschädigung klagt.

> Lex Ribuar. c. 45. Si quis nesciente homine furtivam rem in eius possessione introduxerit, et ibidem inventa fuerit, 45 solidos culpabilis iudicetur, vel quidquid ei damnum[22]) accesserit, alium tantum restituat.

Dass das Anefangsverfahren zu ungerechten Resultaten führen konnte, muss also allerdings zugegeben werden; hierin liegt aber nichts Auffallendes, da bei einer formalen Beweistheorie derartige Folgen unvermeidlich sind. Im Uebrigen würde es den oben von uns aufgestellten Beweisprincipien keineswegs widersprechen, wenn der Anefangsbeklagte auch dann, wenn er seinen Erwerbsgrund nicht anzugeben vermag, zum Beweise gelangen würde. Denn die Erklärung, er wisse nicht, wie die Sache in seine Gewere gekommen sei, lässt sich auch positiv dahin fassen: „die Sache sei ohne sein Wissen in seine Gewere gekommen.“ Diese Behauptung entspricht nun

[18]) Vergl. Cropp a. a. O. S. 361.

[19]) Gaii Institut. III. §§ 192. 193.

[20]) Vergl. oben § 5 Anm. 9 (S. 80).

[21]) Gaii Institut. III § 187.

[22]) Unter diesem „damnum“ kann, wie aus dem Zusammenhange entnommen werden muss, lediglich die Diebstahlsbusse verstanden sein, zu welcher der durch die Auffindung der Sache in ungerechtfertigten Verdacht Gerathene verurtheilt worden ist.

aber durchaus den Erfordernissen, welche die Vertheidigung des Beklagten nach unseren obigen Ausführungen zu erfüllen hat. Wenn dieselbe, wie für die ältere Zeit angenommen werden muss[23]), trotzdem nicht zum Beweise gestellt wurde, so erklärt sich das daraus, dass man einen derartigen Einwand des Beklagten, dem regelmässigen Verlauf der Dinge entsprechend von vorneherein für unglaubwürdig ansah oder wenigstens einen Missbrauch dieses Vertheidigungsmittels seitens des in Wahrheit Schuldigen befürchtete. In dem späteren Mittelalter wurde auch diese Härte des alten Rechts gemildert, und zwar zunächst durch diejenigen Bestimmungen[24]), nach welchen eine handhafte That dann nicht vorliegt, wenn die unter Verschluss gefundene *düve* so klein ist, dass sie durch ein Fenster hineingeschoben sein kann. In diesem Falle durfte der Inhaber der res furtiva nach dem Sachsenspiegelrecht die peinliche Diebstahlsklage durch den Beweis des unverhohlenen Besitzes und seinen Unschuldseid widerlegen. Das Gleiche muss selbstverständlich auch dann gelten, wenn die gestohlene Sache überhaupt nicht unter Verschluss gewesen war. Eine Einrede oder ein Eid des Beklagten des Inhalts, dass die Sache ohne sein Wissen in seine Gewere gebracht worden sei, wird in dem Richtsteig Landrecht's c. 40 freilich nicht erwähnt; dieser Umstand erklärt sich jedoch einfach daraus, dass Johann von Buch in dieser Stelle voraussetzt, dass nicht mit Anefang, sondern sofort mit Gerüchte geklagt worden sei.[25]) In anderen Quellen wird dagegen die substantiirte Vertheidigung für diesen Fall ausdrücklich angeordnet, so z. B. in dem:

> Glogauer Rechtsb. c. 529 (Wasserschleben a. a. O. S. 64) . . . wirt dy deube dar ynne gesucht mit seyme willen von rechtis halben und wirt vunden in seynen vir pfelen der wert bleibet ane schaden ap her daz geweren tete off dy hegligen, daz hers nicht en wuste.[26])

[23]) Vergl. z. B. die soeben citirte Stelle der Lex Ribuar. (c. 45).

[24]) Vergl. oben S. 80 Anm. 9.

[25]) Zur Anefangsklage kam es in diesem Falle wohl schon deshalb ziemlich selten, weil derjenige, welcher die gestohlene Sache ohne sein Wissen in seiner Gewere hatte, die Herausgabe derselben regelmässig nicht verweigert haben wird.

[26]) Vergl. ibid. c. 531 und ferner Goslar. Statuten (Göschen) S. 40 Z. 2—4. Rechtsb. nach Distinct. IV, 9 dist. 16. Magdeb.-Görlitz.

Nach alledem wird man sich der Ueberzeugung nicht verschliessen können, dass das im Anefangsverfahren zur Anwendung gelangende Beweisrecht trotz des logischen Fehlers, welcher in der durch die Einseitigkeit des Beweises gebotenen Weglassung des Klagebeweises zu liegen scheint, in seiner practischen Durchführung den Anforderungen, welche man vom Standpunkte des altgermanischen Processrechts aus an dasselbe stellen kann, genügte. Um es nochmals hervorzuheben, beruht die Beweisvertheilung bei der Anefangsklage auf einer gesetzlichen Fiction, kraft deren die von dem Kläger in Anspruch genommene Sache prima facie als eine demselben gestohlene angesehen und dem durch den Anefang festgestellten Besitze des Beklagten die Bedeutung eines unvollständigen Beweises für die Schuld des Letzteren beigelegt wird. Das Princip, welches sich hieraus ergiebt, ist das folgende: Die unter Bezugnahme auf den Besitz des Beklagten an einer individuellen Sache, welche der Kläger als eine ihm gestohlene bezeichnet, angestellte Diebstahlsklage verpflichtet den Beklagten zur Widerlegung der Diebstahlsbeschuldigung durch substantiirten Gegenbeweis. Ebenso, wie nun die Anefangsklage in späterer Zeit aus einer Strafklage eine bürgerliche Klage um Gut geworden ist hat auch das soeben von uns entwickelte Beweisprincip neben seiner strafprocessualischen eine civilprocessualische Bedeutung erhalten. In dieser Fassung lautet dasselbe:

> Sculdeget man den man umme dat, des he nicht ne hevet, des untgat he mit siner unscult. Svat man aver under ime bewisen mach, dar vore mut he antwerden ane unscult.[27])

Dieser berühmte Satz des Sachsenspiegels, von welchem Johann von Buch[28]) sagt *„vernimmst du ihn recht, so verstehestu folgendts leichtlich ditz gantze buch“*, nemlich das Buch des deutschen Rechts, den Sachsenspiegel, ist bisher ein ungelöstes Räthsel geblieben, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil man die Ausschliessung der unsubstantiirten Klageverneinung für eine

Recht von 1304 art. 82 (Gaupp, Magdeb.-Hall. Recht, S. 297). Prag. Rechtsb. (Rössler) c. 181 § 5—7. Sächsisch. Weichbildr. (Daniels und Gruben) c. 89 § 1.

[27]) Sachsensp. I, 15 § 2.

[28]) Glosse zu Sachsensp. I, 15 bei Zobel, Ausgabe v. 1561, f. 56.

Eigenthümlichkeit der gegen den Dritten gerichteten Klage um Gut hielt. Bei einer persönlichen Klage, wie es die in Sachsensp. I, 15 vorausgesetzte Klage auf Rückgabe anvertrauter Mobilien ist, musste man daher zu den gewagtesten Constructionen greifen, um die nun einmal nicht abzuleugnende Thatsache zu erklären, dass sich die Stellung des Beklagten im Beweisrechte verschlechtert, wenn der Anspruch des Klägers auf eine individuelle im Besitze des Beklagten befindliche Sache gerichtet wird. Die Idee, dass der beklagtische Besitz an einem Gegenstande, von dem der Kläger behauptet, ihn dem Beklagten geliehen, versetzt, zur Aufbewahrung gegeben zu haben, nicht bloss für die Passivlegitimation des Letzteren, sondern auch für die eingeklagte Forderung „leibliche Beweisung" im weiteren Sinne ausmachen könne, liegt unseren modernen Anschauungen so fern, dass die rechtshistorische Forschung sich mit den klaren Quellenaussprüchen, welche diesen Satz bestätigen, nicht abzufinden wusste. Hiernach ist es aber von höchster Wichtigkeit, zu constatiren, dass das Princip, welches Eicke von Repgow in der oben citirten Sachsenspiegelstelle wiedergiebt, in seiner ursprünglichen Anwendung dem Strafprocessrechte angehörte. Im Rahmen einer Strafklage, speciell einer Diebstahlsklage, ist die Bedeutung, welche das altgermanische Recht dem beklagtischen Besitze an der von dem Kläger in Anspruch genommenen Sache beilegt, leichter verständlich, insbesondere wenn man in Erwägung zieht, dass das aus dem Besitze der gestohlenen Sache hervorgehende Indicium in Rücksicht auf das Princip der Einseitigkeit des Beweises garnicht anders verwerthet werden konnte, als dieses in den Quellen geschieht. Bei der alten intertiatio handelt es sich nun aber, wie oben[29]) ausgeführt wurde, in der That um eine persönliche Schuldigung, der gegenüber der Beklagte nach dem allgemeinen Grundsatze des altgermanischen Rechts, ebenso wie bei der civilen Klage um Schuld, zum Unschuldseid verstattet werden müsste, jedoch in Rücksicht auf seinen durch den Anefang festgestellten Besitz an der angeblich dem Kläger gestohlenen Sache von dieser Art der Vertheidigung ausgeschlossen wird. Darin, dass wir das gleiche Princip[30]) in den Quellen des späteren Mittel-

[29]) S. 72 ff.

[30]) Dass nemlich die unsubstantiirte Klageverneinung unzulässig ist,

alters auch bei der rein civilen Klage auf Herausgabe anvertrauter Sachen[31]) wiederfinden, liegt aber nicht etwa ein Argument gegen die von uns versuchte Erklärung des im Anefangsverfahren Platz greifenden Beweisrechts, sondern gerade umgekehrt eine Unterstützung für unsere Ansicht von dem strafrechtlichen oder strafprocessualischen Ursprunge des Systems der vermögensrechtlichen Klagen im Allgemeinen und speciell für unsere Auffassung der Anefangsklage als der Grundform der Klagen um Gut.

Jene Fiction, kraft deren die intertiirte Sache prima facie als eine dem Kläger gestohlene angesehen, und durch welche der Beklagte zur positiven Widerlegung des aus dem Besitze dieser Sache erwachsenden Verdachts genöthigt wird, werden wir in dem Folgenden, der Ausdrucksweise der späteren Quellen entsprechend, als „leibliche Beweisung"[32]) bezeichnen. Die Anefangsklage ist die Diebstahlsklage mit leiblicher Beweisung, d. h. diejenige zur strafrechtlichen Verfolgung des Diebstahls dienende Klage, welche unter Hinweisung auf eine im Besitze des Beklagten befindliche Sache angestellt wird. Um Missverständnissen vorzubeugen, soll übrigens noch ausdrücklich hervorgehoben werden, dass zum mindesten den älteren, wahrscheinlich aber auch den späteren Quellen die Auffassung fern liegt, dass der Kläger durch die Feststellung des beklagtischen Besitzes, d. h. durch den Anefang, seinerseits einen Beweis für die von ihm erhobene Schuldigung erbringe. Etwas Derartiges ist in dem Ausdrucke „leibliche Beweisung" auch garnicht enthalten, da „*bewisen*", wie weiter unten dargethan werden soll, in dieser Verbindung, ebenso wie in zahlreichen anderen Stellen: „demonstrare, weisen, hinweisen, zeigen" bedeutet.[33]) Das characteristische Merkmal des der Anefangsklage und den übrigen Klagen um Gut gemeinsamen Beweis-

sobald die Klage auf eine individuelle im Besitze des Beklagten befindliche Sache gerichtet wird.

[31]) Vorausgesetzt, dass dieselbe nicht als Klage um Schuld, sondern in der Form der Klage um Gut angestellt wird.

[32]) Ueber den Begriff der leiblichen Beweisung im Allgemeinen vergl. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. II. S. 9 ff., S. 148 ff.

[33]) Vergl. Homeyer, Sachsenspiegel, S. 403 s. v. *bewisen*: „durch Zeigen einen Beweis führen." Derselbe, Richtsteig Landrechts, S. 454 und Planck a. a. O. Bd. II. S. 148 ff.

rechts liegt also nicht etwa (wie man irrthümlich auf Grund der sächsischen Quellen des späteren Mittelalters angenommen hat) darin, dass dem Kläger der Beweisvorzug für sein Vorbringen gebührt, und Beklagter nur dann zum Beweise gelangt, wenn er sich zur positiven Widerlegung der Behauptungen des Klägers erbietet. Die Ausschliessung der unsubstantiirten Klageverneinung bei dieser Klagengattung erfolgt vielmehr, wie bereits aus unseren obigen Ausführungen hervorgeht, lediglich auf Grund jenes „Hinweisens" auf die im Besitze des Beklagten befindliche individuelle Sache, an welches sich die gesetzliche Präsumtion für die Richtigkeit des Klagevortrages knüpft. Das Nähere hierüber kann jedoch erst im zweiten Abschnitte der vorliegenden Abhandlung mitgetheilt werden.

§ 7.

(Fortsetzung.)

II. Die Beweisfreiheit des Anefangsklägers.

Dass der Anefangskläger nach den ältesten germanischen Quellen zu einer Beweisführung weder berechtigt noch verpflichtet ist, wird von Sohm [1]) ausdrücklich anerkannt und im Gegensatze zu den im späteren Mittelalter geltenden Grundsätzen sogar mit besonderer Schärfe hervorgehoben. Selbst bei dem „executivischen Verfahren", dessen Eigenthümlichkeit Sohm gerade darin erblickt, dass bei ihm der Kläger allein zum processualischen Handeln gelangt, weist er die Annahme eines eigentlichen Klagebeweises zurück und beschränkt die Thätigkeit des Klägers auf eine formelle Beglaubigung seines Vorgehens behufs Erwirkung der richterlichen Erlaubniss zur Vornahme der Zwangsvollstreckung. [2]) Seiner Meinung nach ist also der Grundsatz: „der

[1]) Process S. 60. 74. 91. 92.

[2]) Vergl. Sohm, Process S. 85. — Unten (§ 18) wird der Nachweis versucht werden, dass dieses von Sohm angenommene executivische Verfahren höchstwahrscheinlich niemals bestanden hat; die gerichtliche Verhandlung spielte sich vielmehr, auch wenn die Sache vor Ablauf von 3 Nächten gefunden wurde, nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Anefangsprocesses ab. Von unserem Standpunkte aus kann also der Titel 37 der Lex Salica für die hier erörterte Frage gewiss nicht in Betracht kommen.

Kläger ist beweisfrei" in den Volksrechten, jedenfalls in dem salischen und ribuarischen Rechte, ausnahmslos durchgeführt.

Die von anderen Schriftstellern für die gegentheilige Annahme herangezogenen Quellenbeläge sind, wie sich bei genauerer Prüfung ergiebt, für die hier erörterte Frage sämmtlich ohne Belang. Insbesondere gilt dieses von den Worten: „per tertia manu liceat agramire" in dem ersten Satze des Titels 37 der Lex Salica, aus welchen Siegel[3]) und v. Bethmann-Hollweg[4]) den Schluss ziehen, dass der Anefangende bei Auffindung der gestohlenen Sache vor Ablauf von 3 Nächten zum Beweise seines Eigenthums oder des dieblichen Abhandenkommens der Sache innerhalb der gedachten Frist zugelassen worden sei. Dass hier „tertia manus" nicht einen von dem Kläger zu leistenden Dritthandseid, sondern das Anefangsverfahren in seiner Eigenschaft als Dritthandsverfahren oder noch specieller den Gewährszug bedeutet, ist schon oben[5]) bemerkt worden und wird weiter unten[6]) ausführlicher dargethan werden. Noch weniger kann es freilich als richtig angesehen werden, wenn Siegel[7]) den Passus in Lex Ribuar. 33 § 2: „et ei, qui rem suam interciavit, probabiliter ostendat" unter Weglassung des Wörtchens „ei" auf eine Beweisführung des Intertiirenden bezieht. In Wahrheit wird nemlich in dieser Stelle angeordnet, dass der Anefangsbeklagte, welcher die streitige Sache seinem in dem gerichtlichen Termine ausgebliebenen Gewährsmanne nachträglich aussergerichtlich zurückgiebt, diesen Rückgabeact und die Person des Auctors dem Kläger deutlich zeigen solle.

Eher könnte die Existenz eines Klagebeweises im Anefangsverfahren aus einigen anderen Stellen gefolgert werden, welche nach dieser Richtung hin noch nicht in Betracht gezogen worden sind. Zunächst aus der folgenden:

Capitulare VI. zur Lex Salica c. 12 (Behrend-Boretius, S. 112). De eo qui res alienas furtivaverit. Si quis res

[3]) a. a. O. S. 47. 94.

[4]) a. a. O. Bd. IV. S. 482. Vergl. ferner auch Zoepfl, Eva Chamavorum, S. 75 ff., Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. III. S. 157 Anm. 13. 158.

[5]) S. 49.

[6]) § 18.

[7]) a. a. O. S. 94. 255.

alienas furtivaverit, et suas fuisset et non potuerit adprobare, cui furtivaverit, solidos XV culpabilis iudicetur.

Während man früher[8]) das hier begegnende „furtivare" als gleichbedeutend mit „furare" auffasste und die Stelle demgemäss auf den Fall bezog, dass dem Anefangsbeklagten der Beweis für die Einrede des Eigenthums misslingt, erklärt Boretius[9]) die Worte „furtivare res alienas" meiner Ansicht nach mit Recht dahin: „fremde Sachen als gestohlene (res furtivae) bezeichnen."[10]) Bei dieser Interpretation scheint aber nach dem Wortlaut der obigen Bestimmung angenommen werden zu müssen, dass derjenige, von dem das „furtivare" ausgeht, zum Beweise darüber gelangt, dass die im Besitze eines Anderen befindlichen Gegenstände, welche sich seiner Angabe nach als „*düve*" characterisiren, die seinigen seien. Da nun nach unseren früheren Ausführungen in dem Anefang die Behauptung, dass die intertiirte Sache eine gestohlene sei, enthalten ist, und es weiter als im höchsten Grade wahrscheinlich angesehen werden muss, dass der Anefangskläger, wenn sich diese Behauptung nicht bewahrheitete, in Busse verfiel[11]), so könnte das c. 12 cit. auf das Intertiationsverfahren bezogen und demgemäss angenommen werden, dass in dem letzteren ein Klagebeweis vorkommt. Dieser Schluss erscheint aber schon deshalb als gewagt, weil der Gesetzgeber, wenn er in c. 12 cit. die Anefangsklage speciell vor Augen gehabt hätte, statt der ungewöhnlichen Bezeichnung: „furtivare" wohl den gangbaren Ausdruck: „intertiare" gebraucht hätte. Wahrscheinlich handelt es sich hier zunächst um ein aussergerichtliches „furtivare", wegen dessen der Inhaber der „furtivirten" Sachen eine Injurienklage anstrengt, gegen die sich der Beleidiger durch den Beweis der Wahrheit (suas fuisset) vertheidigt. Eventuell wäre in Betracht zu ziehen, dass die Wendungen: „si adprobaverit"

[8]) Vgl. z. B. Sohm, Process, S. 56. 68 Anm. 8. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 486 Anm. 36. 487. 488 Anm. 40.

[9]) a. a. O. S. 112 Anm. 23.

[10]) Für diese Interpretation der Stelle spricht besonders auch die Vergleichung des c. 15 dieses Capitulare, in welchem gleichfalls eine falsche Anschuldigung, nemlich die wegen Meineides, mit einer Busse von 15 sol. bedroht wird.

[11]) Vergl. den Schluss dieses Paragraphen.

und: „si non potuerit adprobare“ in der salischen Gesetzessprache so häufig begegnen, dass aus ihnen noch nicht gefolgert werden darf, dass dem Kläger die Beweislast obliege.[12]) Vielmehr können dieselben, wie die Vergleichung des Sprachgebrauches der Lex Salica und anderer Quellen lehrt, auch in der Art verstanden werden, dass sie sich lediglich auf das Resultat des Processes (ob nemlich der Klagevertrag als festgestellt angesehen wird oder nicht) beziehen. In diesem Falle wäre aber die Möglichkeit, dass ein derartiges Ergebniss durch das Gelingen oder Misslingen der auf die Widerlegung der klägerischen Behauptung hinzielenden Beweisführung des Beklagten herbeigeführt wird, keineswegs ausgeschlossen. Bei dieser Sachlage muss es als unzulässig angesehen werden, auf Grund der obigen Bestimmung, in welcher die Frage der Beweisvertheilung jedenfalls nur von nebensächlicher Bedeutung ist, die Existenz eines Klagebeweises anzunehmen, von welchem die ausführlicheren Vorschriften der Lex Salica nichts wissen.

Weiter ist noch die folgende Bestimmung des bairischen Rechts zu erwähnen:

> Decret. Tassil. de popul. leg. c. 11 (Monum. Germ. histor. leg. t. III. p. 466). Qui furtivam rem, quod *zauganzuht* dicunt, super furem comprobare non quiverit, furtivo conponat more.

Merkel[13]) bezieht diese Stelle, wie die Verweisung auf Lex Baiuvar. IX, 18 ergiebt, auf den Fall, dass dem Anefangskläger die Ueberführung des Diebes misslingt. Auch bei Zugrundelegung dieser Interpretation könnte aber aus den Worten: „super furem comprobare“ nicht gefolgert werden, dass der Kläger selbst einen Beweis zu erbringen hat; der gedachte Passus würde vielmehr, ohne die Frage der Beweislast zu berühren, in sehr treffender und drastischer Weise die Absicht, welche dem Anefangskläger vorschwebt, zum Ausdrucke bringen. „Die Sache auf den Dieb zu beweisen“[14]), das ist allerdings der eigentliche Zweck der intertiatio, welcher aber auch dadurch erreicht werden

[12]) Vergl. oben S. 107 Anm. 5.

[13]) Monum. l. c. not. 32.

[14]) Vergl. übrigens Freiberger Stadtr. c. XIX § 2 (Schott. Bd. III. S. 206 oben), wo bei der Darstellung des Verfahrens auf handhafter That gesagt wird, der Bestohlene *„sal die dube uf im* (den Dieb) *bewisen.“*

kann, dass der Beklagte zu einem Entschuldigungsbeweise genöthigt wird, welchen er, wenn er der Dieb ist, nicht zu erbringen vermag. Dass in obiger Stelle eine derartige Beweisführung des Beklagten vorausgesetzt wird, ist aber um so eher anzunehmen, als das sprachlich[15]) grosse Schwierigkeiten bereitende Wort: „*zauganzuht*“ höchstwahrscheinlich eine Hindeutung auf den Gewährszug enthält. Gerade dieser Umstand bestimmt mich aber statt der Erklärung Merkel's, welcher ohnehin schwerwiegende Bedenken entgegenstehen, eine andere in Vorschlag zu bringen. Dass nemlich der sachfällige Anefangskläger, ohne dass ihm mala fides nachgewiesen wird, zur poena furti verurtheilt werden sollte, erscheint kaum glaublich, da hierin eine beispiellose Härte und gleichzeitig eine Abweichung von dem in Lex Baiuv. IX, 18 aufgestellten Princip liegen würde. Ich beziehe daher das c. 11 cit. nicht auf das Verhältniss des Anefangsklägers zu dem Anefangsbeklagten, sondern auf das des Anefangsbeklagten zu dem von ihm benannten Gewähren, welcher, wie die Stelle supponirt, der Dieb ist. Lehnt der Letztere die Uebernahme der Gewährschaft ab, so ist, wie wir aus anderen Stellen wissen[16]), der Anefangsbeklagte oder der zur Gewähr ziehende Auctor genöthigt, ihn seiner Verpflichtung hierzu zu überführen. Bleibt der Leugnende in diesem Zwischenstreite Sieger, so wird derjenige, welcher sich auf ihn berufen hat, als Dieb angesehen und in die Diebstahlsbusse verurtheilt, und zwar deshalb, weil es ihm nicht gelungen ist, die intertiirte Sache „auf den Dieb zu beweisen“, den Letzteren zur Uebernahme der Beklagtenrolle zu zwingen. Dieses hervorzuheben ist, nun meiner Meinung nach der Zweck des c. 11 cit., welches demgemäss die processualische Stellung des Anefangsklägers überhaupt nicht berühren würde.

Hiernach gelangen wir zu dem Resultate, dass in den soeben besprochenen Vorschriften des salischen und bairischen Rechtes eine Beweisführung des Anefangsklägers höchstwahrscheinlich

[15]) Vergl. hierüber Merkel l. c. not. 31. Wahrscheinlich ist „zauganzuht“ dem Sinne nach identisch mit dem in den süddeutschen Quellen des späteren Mittelalters technisch gebrauchten Worte „schub“, welches gleichfalls sowohl den Gewährszug, wie die geanefangte Sache bezeichnet. Ueber die Gründe, welche derartige Bezeichnungen für die res furtiva als passend erscheinen liessen, vergl. das Nähere unten § 11.

[16]) Vergl. unten § 12.

nicht vorausgesetzt wird. Positiv ausgesprochen ist das Princip, dass der Anefangskläger beweisfrei sei, in den Quellen nicht[17]), ein Umstand, welcher, da es sich hier lediglich um eine Negation handelt, nicht auffallen kann. Für einen Theil der ältesten Quellen ergiebt sich jedoch die Richtigkeit unserer Ansicht nicht bloss aus der Nichterwähnung eines Klagebeweises, sondern weiter auch daraus, dass von dem Kläger die Vornahme einer Handlung verlangt wird, welche eine gewisse äussere Aehnlichkeit mit einer Beweisführung hat, im juristischen Sinne aber von einer solchen grundsätzlich verschieden ist. So hat nach der bereits oben[18]) citirten Bestimmung der Lex Ribuaria (tit. 33 c. 1) der Anefangskläger, falls Beklagter zur Gewähr zieht[19]), zu beschwören: „quod in propriam rem manum mittat." Walter und Siegel[20]) erklären diese Vorschrift irrthümlich dahin, der Kläger müsse sich bei Erhebung des Anefangs erbieten, in dem später stattfindenden gerichtlichen Termine sein Eigenthum zu beweisen, während in Wahrheit kein Zweifel darüber obwalten kann, dass die Eidesleistung selbst sich unmittelbar an den Einleitungsact des Verfahrens anschliesst (in praesente ambo coniurare debent cum dexteras armatas, et cum sinixtras ipsam rem teneant.) Sohm[21]) legt das entscheidende Gewicht darauf, dass der klägerische Schwur einen Theil der Anefangshandlung bilde, vor der beklagtischen Einlassung, also aussergerichtlich abzuleisten sei und demgemäss keine Beweishandlung sein könne.

17) Sohm, Process S. 94 Anm. 6 nimmt freilich an, dass in Edict. Rothar. c. 232 die Beweisfreiheit des Anefangsklägers mit voller Deutlichkeit ausgedrückt sei. — Weiter schliesst Sohm a. a. O. S. 92 auch aus Lex Burgund. 83 § 1, dass der Besitzer, welcher nicht zu „contravindiciren" vermag, die Sache ohne eine vorgängige Beweisführung des Klägers verliere. Diese Annahme Sohm's beruht jedoch auf seiner unserer Meinung nach irrigen Ansicht über die Bedeutung des burgundischen „fideiussor." Das Nähere hierüber vergl. unten § 18, wo gleichzeitig dargethan werden wird, dass die Parallelstelle des tit. 83 § 1 cit. in der Lex Roman. Burgund. (tit. 34 c. 1) einen ganz anderen Fall betrifft, als den in der Lex Burgund. vorausgesetzten.

18) S. 60.

19) Vergl. oben S. 49 Anm. 28.

20) Walter, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 734. Siegel a. a. O. S. 93. 94. Dagegen Sohm, Process, S. 74 Anm. 20. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 480 Anm. 10.

21) Process, S. 74.

Diese Argumentation kann als zutreffend nicht angesehen werden, da das c. 1 cit. mit voller Sicherheit ergiebt, dass die eigentliche „manus immissio“ (d. h. der Anefang im technischen Sinne) und das „tertiam manum quaerere“ (d. h. die beklagtische Einlassung) der Eidesleistung, welche seitens beider Parteien unter Handauflegung auf die Sache erfolgt, vorangeht. Weiter ist schon früher [22]) ausgeführt worden, dass der Annahme Sohm's, der in Lex Ribuar. 33 c. 1 geschilderte Vorgang characterisire sich als ein aussergerichtlicher, erhebliche Bedenken entgegenstehen. Die m. E. richtige Ansicht über die juristische Natur des von dem Kläger abzuleistenden Eides ist von Laband [23]) angedeutet und von v. Bethmann-Hollweg [24]) und Planck [25]) direct ausgesprochen worden. Diese Schriftsteller erklären jenen Schwur des Klägers für ein iuramentum calumniae, durch welches der Beklagte, insbesondere dann, wenn er sich der Mühe, seinen Gewähren zu gestellen, unterzieht, gegen etwaige Chicane des Klägers gesichert werden soll. Planck [26]) vergleicht das in Lex Ribuar. 33 c. 1 erwähnte „coniurare“ beider Theile, welches auch noch in späteren Quellen in ähnlicher Art geschildert wird, zutreffend mit dem beiderseitigen Schwur vor dem Beginne des gerichtlichen Zweikampfes. In der That spricht denn auch die Präsumtion dafür, dass der Eid des Anefangsklägers mit dem gleichzeitig abzuleistenden des Anefangsbeklagten begrifflich auf derselben Stufe stehe. Letzterer ist aber unzweifelhaft keine Beweishandlung, sondern ein Gefährdeeid [27]); denn die eigentliche Beweisführung des Beklagten, nemlich die Gestellung des Gewähren oder beim Nichterscheinen des Letzteren der Zeugenbeweis über seine vorschriftsmässige Ladung und das mit ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft erfolgt erst in dem zwischen Parteien zu verabredenden gerichtlichen Termine [28]), in welchem demgemäss die in dem Eide des Beklagten: „quod ad eam manum trahat, qui ei ipsam rem dedit“ liegende Behauptung, die Sache

[22]) Vergl. oben S. 61 ff.

[23]) Vermögensrechtliche Klagen, S. 115.

[24]) a. a. O. Bd. IV. S. 481 Anm. 10.

[25]) Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 832. 833. Bd. II. S. 108.

[26]) a. a. O. Bd. I. S. 832 Anm. 31. Bd. II. S. 108.

[27]) Vergl. unten § 12.

[28]) Lex Ribuar. 33 c. 2.

durch Rechtsgeschäft erworben zu haben, durch Misslingen des angetretenen Beweises widerlegt werden kann. Wird es schon hierdurch wahrscheinlich, dass der in Lex Ribuar. 33 c. 1 erwähnte Schwur des Klägers gleichfalls als ein Gefährdeeid, d. h. als ein „Voreid", ein „Widereid" aufzufassen sei, so muss jeder Zweifel über die Richtigkeit dieser Annahme schwinden, wenn man die entsprechenden Bestimmungen des angelsächsischen Rechtes vergleicht. Zunächst sind hier zwei Eidesformeln zu erwähnen, von denen die eine für die schlichte Diebstahlsklage, die inculpatio de suspectione, die andere für die Anefangsklage bestimmt ist. [29])

1. Schlichte Diebstahlsklage.

Eid dessen, der sein Gut nimmt (*þe his aêhte bryideð*) dass er es nicht thue aus Hass oder zur Schmach. (Schmid, Ges. der Angels. Anh. X. No. 4, S. 406. 407.)

Bei dem Herrn, ich bezichtige N. nicht aus Hass, noch aus Ungunst, noch aus ungerechter Habsucht, und ich weiss es nicht anders, als es mein Anzeiger sagte und ich selbst wahrhaft erzähle, dass er der Dieb meines Gutes (Viehes) sei.

2. Anefangsklage.

So soll man schwören, wenn man sein Gut nimmt (*þonne man haefð his aêhte gebryid*) und bringet es in den Gewährszug. (Schmid a. a. O. No. 2, S. 400. 405).

Bei dem Herrn, vor dem dieses Heiligthum heilig ist, wie ich Klage erhebe mit vollem Volksrechte, ohne Lug und Trug und ohne einige Arglist, so ist mir dies Gut (Vieh) gestohlen worden, das ich bei N. in Beschlag genommen habe.

[29]) Dass diese beiden Eidesformeln für verschiedene Processarten bestimmt sind, kann nicht deshalb bezweifelt werden, weil auch die Formel No. 4 die Ueberschrift trägt: „Eid dessen, der sein Gut nimmt". Schmid (a. a. O. S. 405 Anm. zu c. 2) erklärt seine Uebersetzung der Ueberschriften der gedachten Formeln selbst für zweifelhaft. Die Richtigkeit unserer Ansicht ergiebt sich übrigens mit voller Sicherheit aus den sich an diese Voreide des Klägers anschliessenden Entschuldigungseiden des Beklagten. Vergl. unten § 8.

In beiden Eidesformeln versichert der Kläger, dass er den Beklagten nicht wider besseres Wissen oder aus unehrenhaften Motiven in Anspruch nehme, sondern dass er an die Gerechtigkeit seiner Klage redlich glaube. Und zwar beruft sich der Kläger bei der schlichten Diebstahlsklage auf die Anzeige seines Angebers und auf eigene Wissenschaft, um darzuthun, dass genügender Verdacht gegen den Beklagten vorliege. Bei der Anefangsklage enthält, wie bereits oben[30]) hervorgehoben, die Norm des klägerischen Eides statt der Behauptung, dass der Beklagte der Dieb sei, lediglich die Angabe, dass Kläger die unter dem Letzteren mit Beschlag belegte Sache durch Diebstahl verloren habe. Nichtsdestoweniger hat auch der letztgedachte Schwur den Zweck, den guten Glauben des Klägers bei Erhebung der in dem Anefang liegenden Diebstahlsbeschuldigung zu bescheinigen. Das ergiebt sich aus dem entsprechenden Eide des Beklagten, welcher, wie unten[31]) dargethan werden soll, einerseits die Elemente des Unschuldseides enthält, andererseits auf die positive Widerlegung des aus dem Besitze der gestohlenen Sache hervorgehenden Verdachtsmoments hinzielt. Die Versicherung des Klägers, dass das mit Beschlag belegte Gut ihm gestohlen sei, dient also dazu, seine Ueberzeugung von der Richtigkeit der Thatsache, welche den äusseren Grund für die Erhebung der Klage gegen den Besitzer der intertiirten Sache bildet, festzustellen.[32]) Der Mangel einer ausdrücklichen Hervorhebung der Diebstahlsinzicht erklärt sich dagegen daraus, dass man es gern vermied, gegen den Anefangsbeklagten, welcher lediglich durch den Besitz der *düve* belastet ist, und der sich gewiss in zahlreichen Fällen durch Gestellung seines Gewähren rechtfertigte, einen derartigen Vorwurf direct auszusprechen.[33]) Dass nun die Glaubhaftmachung des bestimmten Verdachtsmoments, welches den äusseren Anlass für die Erhebung einer Strafklage bildet, nach altgermanischer Anschauung ausreicht, um die Abwesenheit der Gefährde darzuthun, erhellt aus der folgenden Bestimmung,

[30]) S. 73 ff.

[31]) § 8.

[32]) Darüber, dass sich der Voreid des Klägers häufig auf die objectiven Gründe richtet, auf welche sich der Glauben des Klägers an die Wahrheit der Klagethatsachen stützt, vergl. R. Loening, Reinigungseid, S. 305 ff.

[33]) Vergl. oben S. 71.

welche sich zwar nicht auf die Anefangsklage, sondern auf die schlichte Diebstahlsklage bezieht, die aber das Princip, welches den hier in Frage kommenden Quellenvorschriften zu Grunde liegt, mit voller Deutlichkeit erkennen lässt.

> Aethelstan's Ges. V. c. 2. (Schmid, S. 154. 155.) Und wenn Jemand die Spur von Vieh auffindet in eines Anderen Land hinein, so spüre der nach, welchem das Land gehört, wo sie hinausgeht, wenn er kann. Wenn er nicht kann, gelte die Spur für den Voreid, wenn man Jemand hierinnen bezichtigt.

Hier wird also angeordnet, dass der Bestohlene bei Erhebung der Diebstahlsklage gegen eine Person, in deren Gebiete sich die Spur des Diebes oder des gestohlenen Viehs verläuft, von der Ableistung eines Voreides befreit sein soll. Diese Vorschrift beruht natürlich auf der Erwägung, dass dem Besitzer und den übrigen Insassen des Grundstücks, auf welchem die Spurfolge ihr Ende erreicht, ein objectives Verdachtsmoment entgegensteht, welches die Annahme, dass das gerichtliche Vorgehen des Bestohlenen gegen einen von ihnen auf Muthwillen oder Gefährde beruhe, von vorneherein ausschliesst. Eine ähnliche Wirkung hat nun nach der Auffassung des altgermanischen Rechts das aus dem Besitze einer res furtiva hervorgehende Indicium: der Bestohlene gilt unter allen Umständen als berechtigt, den Inhaber der *düve* so lange als Dieb oder als Diebesgenossen anzusehen, bis derselbe sich durch den Nachweis seines redlichen Erwerbs von diesem Verdachte gereinigt hat. In dem letztgedachten Falle kann aber, da die Qualität der in Anspruch genommenen Sache als einer *düve* durch den Anefang an sich noch nicht festgestellt ist, die Ableistung eines Voreides nicht gänzlich entbehrt werden. Es genügt jedoch, wenn der Kläger glaubhaft macht, „dass das Gut, das er bei dem Beklagten mit Beschlag belegt habe, ihm gestohlen worden sei", oder, wie die inhaltlich gleichbedeutende Formulirung des ribuarischen Voreides lautet, „quod in propriam rem manum mittat". Der aus dieser Thatsache hervorgehende Schluss, dass der Anefangsbeklagte der Thäterschaft oder Theilnahme an dem Diebstahl hinreichend verdächtig sei, braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden, da er kraft objectiven Rechtes stillschweigend ergänzt wird.

Der nach ribuarischem und angelsächsischem Rechte dem Anefangskläger obliegende Schwur dient also zur Rechtfertigung

der in dem Anefang liegenden Diebstahlsbeschuldigung. Dass derselbe keine Beweishandlung ist, geht, wie auch Sohm[34]) hervorhebt, schon daraus hervor, dass der Anefangsbeklagte nach Ableistung desselben seitens des Klägers zum Gegenbeweise gegen die Behauptung, die intertiirte Sache sei dem Letzteren durch Diebstahl entzogen worden, gelangt. Mit besonderer Deutlichkeit ergeben dieses einige Bestimmungen der angelsächsischen Gesetze[35]), insbesondere die bekannte Stelle[36]): *„âgnung bið nêr þâm þe haefð, þonne þâm þe aeftersprecð“* (Aneignung ist dem näher, der hat, als dem, der anspricht). Da das Beweisrecht hiernach dem Anefangsbeklagten zusteht, ist die Möglichkeit, dass der Eid des Anefangsklägers gleichfalls als Act der Beweisführung aufzufassen sei, schon in Rücksicht auf das Princip von der Einseitigkeit des Beweises ausgeschlossen. In späterer Zeit hat das „sich ziehen zu der Sache“, wie der technische Ausdruck für den Eid des Klägers in den sächsischen Quellen lautet, allerdings den Character eines Gefährdeeides mehr und mehr abgestreift. Die ersten Spuren dieser Entwicklung zeigen sich bereits in den langobardischen Formeln[37]), in welchen der Anefangskläger erst am Schlusse des Rechtsstreits, d. h. nachdem der Gewährszug sein Ende erreicht hat, zu dem Schwure gelangt:

„quod suus proprius est (caballus), nec vendidit nec do-

[34]) Process, S. 74. — Während der Anefangskläger nach ribuarischem und langobardischem Rechte allein schwört, wird in einigen Bestimmungen der angelsächsischen Gesetze (Aethelstan's Ges. II. 9. Verordnung, die Dunseten betreffend, c. 8 bei Schmid a. a. O. S. 136. 137. 362. 363) die Zuziehung von Eideshelfern angeordnet. In der Aufstellung dieses Erfordernisses liegt aber, wie Capitul. II. zur Lex Salic. c. 8 (de andrustione ghamalta) bei Behrend-Boretiusi, S. 395 ergiebt, kein Grund, die Natur des klägerischen Eides als eines Voreides in Zweifel zu ziehen. Vergl. auch R. Loening, Reinigungseid, S. 310. Schmid, Gesetze der Angels., S. 578 s. v. *for-âd* und S. 564 s. v. Eideshülfe.

[35]) Edward's Ges. I. 1 § 3. 5. Verordnung, die Dunseten betreffend, c. 8. Cnut's Ges. II. 24 § 2. 3. (Schmid a. a. O. S. 110—113. 362. 363. 284. 285).

[36]) Aethelred's Ges. II. 9 § 4 (Schmid a. a. O. S. 210—213.)

[37]) Formel zu Capitul. Otton. I. c. 7 (Monum. Germ. hist. sect. I. t. IV. p. 578). Vergl. Glosse zu Edict. Rothar. c. 232 (Monum. Germ. histor. ibid. p. 357), wo dieser Eid auf den usus, den Gerichtsgebrauch, zurückgeführt wird.

„navit quod per legem perdere debeat, sed furtive ei ab-
„stractus est.“

In dieser Anwendung hat der Eid des Klägers eine ähnliche Function, wie das *„sich cziehen“* zu einer Sache, welches ausserhalb des eigentlichen streitigen Gerichtsverfahrens (so z. B. bei der Legitimation des Erben eines in gerichtliche Verwahrung genommenen Nachlasses oder des Verlierers einer gefundenen, resp. Dieben oder Räubern abgejagten Sache) begegnet[38]: er dient dazu, den Anefangskläger als den zur Erhebung des Anspruchs auf die bestimmte von ihm mit Beschlag belegte Sache Berechtigten zu legitimiren. Von dem Anefangskläger die Ableistung eines solchen „Sicherungseides“[39]) zu verlangen, war aber gerade in Rücksicht auf die Einseitigkeit des Beweises und den Beweisvorzug des Beklagten im Anefangsverfahren von Wichtigkeit. Hätte man beim Misslingen der Beweisführung des Beklagten oder bei nicht genügender Vertheidigung desselben den Kläger ohne Weiteres obsiegen lassen, so hätte jede Garantie dafür gefehlt, dass die Diebstahlsbusse, und die entwendete Sache wirklich in die Hände des Bestohlenen gelangten. Denn daraus, dass Beklagter den Gegenbeweis gegen die Behauptung des Klägers, die intertiirte Sache durch Diebstahl verloren zu haben, nicht erbrachte, konnte zwar gefolgert werden, dass die letztere eine *düve* sei, oder dass Beklagter dieselbe auf unredliche Art an sich gebracht habe; dagegen war die Möglichkeit, dass ein Anderer, als der Anefangskläger der Verlierer sei, keineswegs ausgeschlossen. Die hierin liegende Lücke des altgermanischen Beweisrechts, welche sich auf dem Gebiete des Immobiliarprocesses noch viel deutlicher fühlbar macht, ist es, welche durch den Legitimationseid des Klägers ausgefüllt werden sollte. In einem Theil der späteren Quellen, insbesondere in dem Sachsenspiegel[40]) und Richtsteig Landrechts[41]) ist übrigens an die Stelle des klägerischen Eineides eine wirkliche Beweisführung getreten; die für die

[38]) Vergl. z. B. Edgar's Ges. IV. 11 (Schmid a. a. O. S. 196. 197). In den festländischen Volksrechten wird dieser Legitimationseid nicht erwähnt; sehr häufig begegnet derselbe dagegen in den Rechtsquellen des späteren Mittelalters; vergl. z. B. Sachsensp. II, 29. 37 § 1. I, 28. II. 31 § 2.

[39]) Als solchen bezeichnet den hier erörterten Legitimationseid Planck, Gerichtsverfahren, Bd. II. S. 102 ff.

[40]) Vergl. insbes. Sachsensp. II, 36 § 4 und 7. 37 § 1.

[41]) Vergl. z. B. Richtst. Landr. 12 § 1. 13 § 5. 15 § 4.

letztere geltenden Grundsätze zeigen jedoch, wie in dem zweiten Abschnitte ausführlicher dargethan werden wird, dass das Princip der Einseitigkeit des Beweises trotz dieser Neuerung nicht aufgehoben, sondern in modificirter Gestalt forterhalten werden sollte.

Bereits oben ist angedeutet worden, dass das altgermanische Recht ausser dem soeben besprochenen Voreide resp. Legitimationseide des Anefangsklägers noch andere Garantieen kennt, welche den Anefangsbeklagten gegen einen Missbrauch der intertiatio schützen sollen. Insbesondere gehört hierher die Beschränkung des Anefangs auf erkennbare Sachen. Das „agnoscere, cognoscere" der im Besitze eines Dritten befindlichen gestohlenen Sache ist nach dem Sprachgebrauche der Volksrechte die wichtigste thatsächliche Voraussetzung für die Einleitung des Anefangsverfahrens.[42]) Die Quellen enthalten nun Vorschriften, in welchen dafür Sorge getragen wird, dass dieses Wiedererkennen der gestohlenen Sache ein möglichst sicheres, jeden Irrthum des Anefangsklägers ausschliessendes sei. So bestimmt z. B.:

> Lex Visigoth. VII. 2, 1. Qui rem furtivam requirit, quid quaerat iudici occulte debet exponere, ut ostendat per manifesta signa, quid perdidit; ne veritas ignoretur, si non evidentia signa monstraverit.

Der Bestohlene soll also die entwendete Sache dem Gerichte, bei welchem er den Diebstahl zur Anzeige bringt, so genau bezeichnen, dass bei der demnächst erfolgenden Nachforschung nach der *düve* ein Zweifel über die Identität der etwa gefundenen Sache mit der gesuchten nicht entstehen kann. Als selbstverständlich wird dabei supponirt, dass die res furtiva mit solchen „manifesta et evidentia signa", welche eine völlig sichere Beschreibung derselben möglich machen, versehen ist. Dass bei Sachen, bei welchen diese Voraussetzung nicht zutrifft, der Anefang überhaupt unzulässig war, wird in folgender Stelle ausdrücklich ausgesprochen:

> Lex Ribuar. 72 c. 9. Vestimentum autem seu his similia absque probabile signum interciare prohibemus.

Sohm[43]) bezieht die Worte: „absque probabile signum" auf das Eigenthumszeichen, welches nach altgermanischer Sitte dem

[42]) Vergl. oben S. 48 Anm. 19 und ferner Lex Burgund. 19 c. 2. 83 c. 1.

[43]) Process, S. 58.

Vieh aufgedrückt zu werden pflegte, und erklärt die obige Bestimmung dahin, dass in ihr „die gleiche Form der Kennzeichnung zur Voraussetzung für die Vindication lebloser Gegenstände erhoben werde.“ Dieser Interpretation steht jedoch das Bedenken entgegen, dass das „signum“, welches sich an der intertiirten Sache befinden muss, als ein „probabile“[44]) characterisirt wird, eine Ausdrucksweise, welche den Schluss unabweislich erscheinen lässt, dass jedes beliebige Merkmal, welches die deutliche Unterscheidung einer individuell bestimmten Sache von anderen ihrer Gattung ermöglicht, genügt habe.[45]) Auch dürfte bei unbefangener Betrachtung anzunehmen sein, dass sich die Worte: „absque probabile signum“ lediglich auf das unmittelbar vorhergehende: „his similia“ beziehen, und dass also Kleidungsstücke nach der Auffassung des Gesetzgebers unter allen Umständen zu den nicht unterscheidbaren Sachen gehören.[46]) Im Einklange hiermit steht es, dass in den Volksrechten nur Sclaven und Thiere, unter den letzteren insbesondere Grossvieh, als Gegenstände des Anefangsverfahrens erwähnt werden.[47]) Die von einigen Schriftstellern[48])

[44]) Michelsen übergeht in seiner Abhandlung über die Hausmarke die oben citirte Stelle der Lex Ribuaria vollständig, ohne Zweifel deshalb, weil in ihr das „signum“ als ein „probabile“ bezeichnet wird.

[45]) Für die im Text vertretene Ansicht spricht übrigens auch der Umstand, dass die Hausmarke, welche dem Vieh aufgedrückt zu werden pflegte, in den südgermanischen Volksrechten keineswegs die juristische Bedeutung hat, welche ihr Sohm auf Grund der in seinem Process, S. 58 Anm. 5 angeführten Quellenbeläge beimisst. Weiter verdient noch hervorgehoben zu werden, dass auch Michelsen (Hausmarke, S. 27 ff. 41), dessen Darstellung wesentlich auf den nordischen Rechten ruht, zu dem Resultate gelangt, dass die Anefangsklage nicht auf die mit dem Eigenthumszeichen versehenen Mobilien beschränkt gewesen sei, und dass das Eigenthumszeichen für sich allein garnicht einmal genügt habe, um die Vindicabilität von Fahrhabe zu begründen.

[46]) Nach Michelsen a. a. O. S. 41 wurden von leblosen Gegenständen nur die Waffen, das für den Gebrauch fertige Geräthe und kostbare Gefässe gezeichnet.

[47]) Ausdrücklich ausgesprochen wird die Beschränkung des Anefangs auf Sclaven und Grossvieh in den Volksrechten nirgends. Auch die Lex Salica lässt die intertiatio in weiterem Umfange zu, als Sohm, Process, S. 57 annimmt (vergl. Lex Salic. 47 § 1: „si quis servum aut caballum vel bovem aut qualibet rem“; die Münchener Handschrift hat allerdings statt der gesperrt gedruckten Worte: „vel quolibet pecus“).

[48]) Vergl. insbes. Sohm, Process, S. 57.

ausgesprochene Ansicht, dass die intertiatio in ältester Zeit nur bei derartigen Sachen stattgefunden habe, hat hiernach, obgleich ein stricter Beweis für dieselbe nicht erbracht werden kann, zum mindesten eine hohe Wahrscheinlichkeit für sich. Bemerkenswerth ist, dass auch noch in späteren Quellen in erster Linie Pferde, in zweiter Rinder als die typischen Objecte des Anefangs figuriren, und dass gerade bei ihnen die alterthümlichen Formalitäten, mit denen die Ergreifung der intertiirten Sache bei der Eidesleistung des Klägers umgeben ist, begegnen.[49]) Mit der Ausschliessung des Anefangs an Gegenständen, welche nicht deutlich unterscheidbar sind, mag es endlich auch zusammenhängen, dass der Kläger häufig ausdrücklich erklärt, „zu dem Zaume und den Hufeisen des von ihm mit Beschlag belegten Pferdes ziehe er sich nicht.“[50]) Dieser bei dem Formalismus des altgermanischen Rechtes nothwendige Vorbehalt wurde wahrscheinlich auch dann angewendet, wenn ein besonderer Grund für die Annahme, dass das Pferd seit dem Zeitpunkte der Entwendung einen anderen Zaum oder andere Hufeisen erhalten habe, nicht vorlag, Kläger also lediglich dem etwaigen Einwande des Beklagten, dass der Anefang an diesen Gegenständen unzulässig, die Klage also in einem Punkte falsch angesetzt und demgemäss vollständig abzuweisen sei, begegnen wollte.

Auch die diesbezüglichen Bestimmungen haben die Neueren auf ein civilrechtliches Princip zurückzuführen versucht. So behauptet v. Bethmann-Hollweg[51]), dass das Erforderniss der individuellen Erkennbarkeit der mit Anefang zu belegenden Sache die intertiatio als dingliche Klage characterisire. Sohm[52]) sagt wörtlich: „Das römische Recht lässt durch Confusion das Eigenthum, das deutsche durch Ununterscheidbarkeit der Sache die Vindication untergehen.“

[49]) Vergl. z. B. Magdeburg-Breslauer Schöffenrecht (Laband) III. 2 c. 96. 99. Culmisch. Recht III. 130. 133. Freiberger Stadtrecht (Schott, Bd. III) c. 9. 10. Augsburger Stadtrecht (Meyer) c. 34 § 3.

[50]) Vergl. z. B. die Anm. 49 citirte Stelle des Freiberg. Stadtrechts bei Schott, Bd. III. S. 188; ferner Brünner. Schöffenb. c. 100 in fin.

[51]) A. a. O. Bd. IV. S. 41 Anm. 5. S. 480 bei Anm. 5.

[52]) Process, S. 57. 58.

Unserer Meinung nach liegt diesen Sätzen eine irrige Auffassung zu Grunde. Bei wirklicher Ununterscheidbarkeit ging die Vindication zweifellos auch nach römischem Rechte unter, einfach deshalb, weil sie in diesem Falle thatsächlich undurchführbar war. Dem deutschen Rechte eigenthümlich ist daher nur das positive Erforderniss, dass sich der Gegenstand der „dinglichen“ Klage durch deutliche Zeichen mit voller Bestimmtheit von anderen Sachen gleicher Gattung unterscheiden müsse. Dieses Erforderniss beruht aber nicht, wie v. Bethmann-Hollweg und Sohm annehmen, auf privatrechtlichen, sondern lediglich auf processualischen Gründen. Das ergeben die ausführlichen Erörterungen der späteren Quellen, welche darauf hinzielen, die Ausschliessung des Anefangs bei Fungibilien zu motiviren, und welche das entscheidende Gewicht darauf legen, dass bei diesen Gegenständen das dem Anefangsverfahren eigenthümliche Beweisrecht nicht anwendbar sei. Vergl. z. B.:

> Glosse zu Sachsensp. II, 36 bei Zobel, Ausgabe von 1561, f. 260. Erstlichen soltu wissen, das man kein ding also ansprechen möge, es sei denn seiner natur und arth nach unterscheidenlichen von anderen desselben namens zu erkennen, als do ist viehe, gewant, kleider und dergleichen. Pfenning aber und silber, so in einer stadt oder lande gebe und genge sein, do die ansprach geschicht, auch oel und korn und dergleichen andere dinge mehr, kan niemandt bey einem andern gewiss vor das seyne ansprechen, dann sie vor andern nicht leichtlich zu unterscheiden sein. Dann ein pfenning ist als der ander, dergleichen korn, wein und bier. Und nim solchs bei dir selbst ab. Als ob ich itzundt etliche pfennige oder müntze verloren hette, und du hettest auch dergleichen pfennige, wie möcht ich sie bey dir ansprechen. Dann weil du sie selber nicht hast schlagen lassen, so möchtestu auch denselben nicht haben, der dir sie geweren sollte. Zögestu du dich ihr aber auff einen andern, der spreche vieleicht also: Ich gab dir einsmals pfennige, weis aber nicht, ob es diese sein, die ich dir gab, oder nicht? Unnd wer also nicht zu beweisen. Sollte man es dann durch zeugen beweisen, so fraget man sie, wovon ihnen wissentlich wer, das eben diese pfenning des mannes gewesen

weren. Diss konten sie dann nicht unterscheiden oder sagen.[53])

Diese Auseinandersetzung Johann von Buch's giebt uns über den wahren Grund und Zweck der Beschränkung des Anefangs auf erkennbare Sachen Aufschluss. Während das römische Recht, für welches die Regel: „actore non probante reus absolvitur" galt, die Entscheidung der Frage, ob der Beweis für die Identität einer individuellen Sache möglich sei, dem concreten Falle vorbehalten konnte, musste das deutsche Recht, in welchem das entgegengesetzte Beweisprincip massgebend war, objective Normen über diesen Punkt aufstellen. Anderenfalls wäre die Lage des Anefangsbeklagten eine erheblich schlechtere gewesen, als die des Anefangsklägers: denn während Letzterer nur zu beschwören brauchte, dass seine Behauptung, die intertiirte Sache sei früher in seinem Besitze gewesen und ihm durch Diebstahl entzogen worden, nicht auf Gefährde beruhe, wurde von dem Ersteren ein stricter Beweis verlangt, welchen zu erbringen bei nicht deutlich erkennbaren Sachen äusserst schwierig, wenn nicht gar unmöglich gewesen wäre. Es entsprach demgemäss der Billigkeit, dass der Besitzer einer beweglichen Sache zur substantiirten Klagebeantwortung und zur Widerlegung des Klagevortrags durch den Nachweis seines redlichen Erwerbes nur dann genöthigt wurde, wenn die streitige Sache so beschaffen war, dass eine Verwechselung derselben mit einer anderen sowohl seitens des Klägers als auch seitens der Vormänner und der Zeugen des Beklagten als ausgeschlossen erschien.

Hieraus ergab sich die Nothwendigkeit, die Anwendung des der Anefangsklage eigenthümlichen Beweisrechts und damit die der Anefangsklage selbst auf diejenigen Gegenstände zu beschränken, welche ihrer äusseren Beschaffenheit nach von anderen ihrer Gattung mit Bestimmtheit unterschieden werden können. Dass eine civilrechtliche Eintheilung der Mobilien in vertretbare und nicht vertretbare Sachen bei Erlass dieser Vorschriften keineswegs beabsichtigt war, geht schon daraus hervor, dass Münzen, wenn sie im Bezirk des Anefangsgerichts nicht im Umlaufe sind, der intertiatio unter-

[53]) Vergl. Glosse zu Sachsensp. I, 15 bei Zobel, Sachsenspiegelausgabe v. 1561, f. 55; weiter auch Brünner Schöffenb. c. 311 in fin. Blume von Magdeburg (Böhlau) I. 49.

liegen.[54]) Auch die Ausschliessung der Rückforderung nicht erkennbarer Sachen aus dritter Hand ist lediglich eine Folge der auf processualischen Gründen basirenden Ausschliessung des Anefangs an solchen Gegenständen. Der Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung liegt darin, dass, wie unten im dritten Abschnitte dargethan werden wird[55]), auch der persönliche Anspruch auf Herausgabe von „res absque probabili signo“ nur in der Form der Klage um Schuld und nicht in der der Klage um Gut geltend gemacht werden kann, und zwar aus dem gleichen Grunde, wie dem in der oben citirten Stelle der Glosse des Sachsenspiegels angegebenen. Weiter werden wir nicht fehlgehen, wenn wir die Beschränkung des Anefangsverfahrens auf erkennbare Gegenstände speciell auf die strafprocessualische Bedeutung, welche der intertiirten Sache in demselben zukommt, zurückführen. Nur der Besitz einer mit voller Sicherheit unterscheidbaren Sache sollte zur Begründung des Diebstahlsverdachtes gegen ihren Inhaber ausreichen; nur eine solche Sache sollte in dem oben dargelegten Sinne „leibliche Beweisung“ ausmachen. Das ist es, was die germanischen Quellen betonen wollen, wenn sie in ihren Bestimmungen über unser Rechtsinstitut das „Erkennen“ und die „Erkennbarkeit“ der Sache so sehr in den Vordergrund stellen. Eine willkommene Bestätigung für diese Ansicht bieten die späteren Quellen, welche trotz der veränderten rechtlichen Auffassung der Anefangsklage die genaue Feststellung der Identität der geanefangten Sache mit der gestohlenen gerade in Hinblick auf die strafrechtliche Ueberweisung des Diebes für erforderlich erklären. Vergl. z. B.:

> Sächs. Weichbildrecht c. 130. (Daniels et Gruben, p. 171. 172.) Golt unde silber, ungeworcht, domit darff sich nymant (nullus cogitur) zihen an eynen geweren, alzo daz der, under deme daz golt ader silber vorsprochen ist, alzo riche sy, daz er is vorgelden moge (dummodo is, apud quem aurum vel argentum vindicatur vel alloquatur, praesumitur esse tantarum facultatum, quod illud emere, vel exsolvere praevaluerit.[56])

[54]) Glosse zu Sachsensp. II, 36 und zum Sächsisch. Weichbildrecht c. 132 (Daniels u. Gruben, p. 435).

[55]) Vergl. Glosse zu Sachsensp. I, 15.

[56]) Glosse zum Sächs. Weichbildr. c. 132 (l. c. p. 435. 436): „dy mag

Nach dieser Bestimmung soll also der Anefang bei Münzen, ungeprägtem Edelmetall und anderen Fungibilien nur dann ausgeschlossen sein, wenn der Inhaber solcher Gegenstände so wohlhabend ist, dass sein Besitz an sich keinen Verdacht erregt. Sind dagegen seine Vermögensverhältnisse derartige, dass es auffallend erscheint, bei ihm Werthsachen in so grosser Menge vorzufinden, so wird er, falls er nicht dem Anefang des Bestohlenen gegenüber seinen redlichen Erwerb nachweist, als Dieb bestraft. Diese Bestimmung setzt zwar bereits eine freiere Berücksichtigung thatsächlicher Umstände bei der Beweiswürdigung voraus: nichtsdestoweniger ist dieselbe ganz besonders geeignet, den wahren Grund des Erfordernisses der deutlichen Erkennbarkeit klarzulegen.

Hiernach ergiebt sich also, dass der Anefangsbeklagte gegen einen Irrthum des Klägers über die Identität der von dem Letzteren in Anspruch genommenen Sache mit der gestohlenen regelmässig genügend geschützt war. Weiter enthalten die Quellen Vorschriften, welche gleichzeitig eine dolose Ausbeutung der Beweisfreiheit des Anefangsklägers zu verhüten suchen, und zwar dadurch, dass sie für den Fall der Abweisung der von ihm erhobenen Klage eine Strafe gegen ihn festsetzen. Diese dem Anefangskläger unter gewissen Voraussetzungen drohende Busse gehört selbst in dem Quellenkreise, in welchem sie als ein wesentliches Merkmal des Anefangsverfahrens erscheint, nemlich in dem Sachsenspiegel und den von ihm abgeleiteten Quellen, zu den unklarsten Gebilden des deutschen Rechts.[57]) In der fränkischen Periode hat dieselbe jedenfalls nicht die bedeutungsvolle Stellung, welche ihr von einigen neueren Schriftstellern, insbesondere von Sohm[58]), eingeräumt wird. Ein allgemeines Princip, nach welchem die unrechtmässige Erhebung des Anefangs strafbar macht, wird nur in der folgenden Vorschrift, in welcher jedoch die Androhung einer bestimmten Busse fehlt, ausgesprochen:

> Aethelred's Ges. II. c. 9 § 1 (Schmid a. a. O. S. 210. 211) . . . Der, welcher sein Eigenthum mit Beschlag

man ân worzeichen nicht anfangen, das der so riche sy, das er is wol gehabin mag. Were des nicht, so helt man en vor eynen dip".

[57]) Vergl. hierüber Laband a. a. O. S. 94. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 141. 830.

[58]) Process S. 73. Vergl. ferner v. Bethmann-Hollweg Bd. IV. S. 40.

belegt, . . . hüte sich, dass er nicht mit Unrecht in Beschlag nimmt, damit man ihn nicht beschwere, wie er es Andere zu thun gedachte.

In den festländischen Volksrechten wird die Bestrafung des sachfälligen Anefangsklägers in folgenden Bestimmungen angeordnet:

Edict. Rothar. c. 232 in fin. Ille autem qui se proprio domino dicit esse, sub tali titulo eum tollat, ut si cognitum fuerit, quod malo ordine vendicassit, et alter certus auctor venerit, qui suum ficerit, ipse caballus sibi nonus ei reddatur.

Lex Burgund. LXXXII I. § 1. Quicumque res aut mancipium aut quodlibet suum agnoscit, a possidente aut fideiussorem idoneum accipiat, aut si fideiussorem petitum non accipit, res quas agnoscit, praesumendi habeat potestatem. §2. Si vero falsus fuerit in agnoscendo, rem quam male agnovit et aliud tantum cogatur exsolvere. § 3. Si servus male agnovit, pro qualitate rei agnitae fustigetur.

In beiden vorstehenden Stellen wird vorausgesetzt, dass der Anefangskläger nur dann in Busse verfällt, wenn seine Behauptung, dass die intertiirte Sache eine ihm gestohlene sei, durch die Beweisaufnahme widerlegt wird. Weiter scheinen beide Volksrechte die Bestrafung des Anefangsklägers davon abhängig zu machen, dass derselbe bereits in den Besitz der von ihm in Anspruch genommenen Sache gelangt ist, nach Edict. Rothar. c. 232 durch gerichtliches Verfahren und Urtheil, nach Lex Burgund. 83 § 2 und 3 durch die gemäss § 1 ibid. erlaubte Selbsthülfe. Unerörtert soll dabei bleiben, ob das letztgedachte Erforderniss nur deshalb aufgestellt wurde, weil bei einfacher Abweisung der Anefangsklage ein wirklicher Nachtheil für den Beklagten noch nicht entstanden ist, oder ob man von dem Anefangskläger, welcher eine Sache als die seinige an sich nahm, eine so genaue Prüfung der Identität verlangte, dass selbst ein etwaiger Irrthum als unentschuldbar erschien. Dass nemlich die Bestrafung des sachfälligen Anefangsklägers durch den Nachweis seines guten Glaubens nicht ausgeschlossen wurde, muss wenigstens für das burgundische Recht, insbesondere wenn man Lex Burgund. XIX. c. 2 zur Vergleichung heranzieht, als feststehend angesehen werden. Für das langobardische Recht scheint dagegen aus den Worten:

„malo ordine vendicassit", sowie aus dem Umstande, dass den Anefangskläger die poena furti trifft, gefolgert werden zu müssen, dass die in Edict. Rothar. c. 232 angedrohte Strafe nur bei einem dolosen Verhalten des Klägers verfiel.

Bereits durch die Erhebung des Anefangs auf eine Sache, von welcher später festgestellt wird, dass sie dem Kläger nicht durch Diebstahl entzogen worden oder mit der dem Kläger entwendeten nicht identisch ist, würde Letzterer strafbar werden, wenn das oben[59]) angeführte c. 12 Capitul. VI. zur Lex Salica oder das c. 11 Decret. Tassil. IV. de popul. leg.[60]) auf den Fall des Unterliegens des Anefangsklägers bezogen werden könnten. Nur in losem Zusammenhange mit der hier erörterten Frage stehen dagegen die Bestimmungen der Lex Salica, aus welchen Sohm[61]) die Existenz einer dem Anefangskläger „wegen Missbrauchs des Formalactes" drohenden Busse herleitet:

> Lex Salic. 37 in fin. Si illo vero, qui per vestigio sequitur, quod se agnoscere dicit, illi alii reclamantem nec offerre per tertia manum voluerit, nec solem secundum legem colocaveri et tulisse convincitur MCC dinarios, qui faciunt XXX solidos, culpabilis iudicetur.
>
> Ibid. 61 c. 3. Si vero quicumque homo quamlibet rem desuper hominem in tertia manu mittere voluerit, et ei haec de manum violenter tulerit, MCC dinarios, qui faciunt solidos XXX, culpabilis iudicetur.

Schon früher[62]) ist bemerkt worden, dass die in diesen Stellen angedrohte Busse von 30 sol. wegen der unerlaubten gewaltsamen Wegnahme der intertiirten Sache verfällt. Nicht die materiell rechtswidrige Erhebung der Anefangsklage, sondern die Eigenmacht des Bestohlenen, welcher die *düve* ihrem gegenwärtigen Inhaber ohne Urtheil und Recht entreisst, wird also in den obigen Vorschriften unter Strafe gestellt. Näheres über den Titel 37 der Lex Salica kann erst später[63]) mitgetheilt werden. Hier soll nur noch bemerkt werden, dass sowohl Siegel[64]), als auch

59) S. 123.

60) Vergl. oben S. 125.

61) Process S. 72. 73.

62) Vergl. oben S. 38.

63) Vergl. unten § 18.

64) Gerichtsverfahren, S. 46. 47. 90, insbes. Anm. 9. Der Ansicht Siegels'

Sohm[65]) annehmen, dass der Schlusssatz dieses Titels und Lex Salic. 61 c. 3 einen verschiedenartigen Inhalt haben. Die erstgedachte Stelle beziehen Beide übereinstimmend auf den Fall, dass der Bestohlene, welcher seine Sache vor Ablauf von drei Nächten auffindet und dieselbe also an sich nehmen darf, die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung dieses Rechts (nemlich das „offerre per tertia manum" und das „solem collocare") zu erfüllen vernachlässigt. Das c. 3 cit. Lex Salic. 61 soll dagegen nach Siegel die Busse für die eigenmächtige Entreissung der Sache nach Ablauf von drei Nächten festsetzen, nach Sohm die dem Tit. 37 entsprechende Strafbestimmung für das contradictorische Verfahren enthalten. Unserer Meinung nach dürfte es jedoch gleichgültig sein, ob der Bestohlene die im Besitze eines Dritten befindliche Sache demselben ohne contradictorisches oder ohne nicht contradictorisches Verfahren entreisst. Wir fassen daher das c. 3 Lex Salic. 61 als das generelle Verbot eigenmächtiger Wegnahme einer mit Anefang belegten Sache, den Schlusssatz des Titels 37 dagegen als eine Wiederholung[66]) dieses Verbots für einen speciellen Fall auf. Der Gesetzgeber wollte, da er in der letztgedachten Stelle dem Bestohlenen unter gewissen Bedingungen die Befugniss zur sofortigen Ergreifung der Sache ertheilte, ausdrücklich hervorheben, dass bei Nichterfüllung dieser Bedingungen die Vorschrift des Titels 61 c. 3 Platz greife. Die in tit. 37 angedrohte Busse von 30 sol. ist also ihrer juristischen Natur nach mit der in tit. 61 c. 3 festgesetzten identisch: d. h. sie ist, wie diese, die Strafe der unerlaubten Selbsthülfe, des Raubes.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, dass sich einheitliche Grundsätze über die dem Anefangskläger drohenden Straffolgen für die Zeit der Volksrechte überhaupt nicht aufstellen lassen. Die weitverbreitete Ansicht, dass die Busse des Anefangsklägers bereits in der fränkischen Periode ein wesentliches Merkmal des Intertiationsverfahrens gebildet habe, entbehrt daher des quellenmässigen Anhalts.

tritt auch v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 483 Anm. 17 und S. 485 Anm. 33 bei.

[65]) Process, S. 90. 95.

[66]) Aehnlich Waitz, Altes Recht der salischen Franken, S. 158 Anm. 1.

§ 8.

(Fortsetzung.)

III. Die Unzulässigkeit der unsubstantiirten Klageverneinung.

Der zweite oben[1]) aufgestellte Satz, nach welchem die unsubstantiirte Klageverneinung keine wirksame Vertheidigung gegenüber der Anefangsklage ist, kann für das Recht des späteren Mittelalters als unstreitig feststehend angesehen werden. Diese Uebereinstimmung der Ansichten auf einem sonst so controversen Gebiete erklärt sich daraus, dass die Anefangsklage nach dem Sachsenspiegel und den ihm verwandten Quellen regelmässig durch die Behauptung substantiirt wird, Kläger habe die im Besitze des Beklagten befindliche Sache durch Diebstahl, Raub oder sonst wider seinen Willen verloren. Das Vorbringen des Anefangsklägers beschränkt sich also in dieser Zeit auf eine Thatsache, welche nicht in einer Handlung des Beklagten besteht, und von deren Unwahrheit derselbe aus eigener Wissenschaft nur in Ausnahmefällen unterrichtet sein konnte. Der gewissenhafte Anefangsbeklagte wäre demzufolge nur dann in der Lage gewesen, sein *„schlichtes versaken“* mit einem Eide zu bekräftigen, wenn er die mit Anefang belegte Sache entweder seit ihrer Entstehung oder wenigstens seit einem Zeitpunkte, welcher vor dem von dem Kläger behaupteten Verluste liegt, ununterbrochen in seiner Gewahrsam gehabt hat. Unter diesen Umständen erschien den modernen Schriftstellern die Ausschliessung der unsubstantiirten Klageverneinung der „dinglichen“ Klage des deutschen Rechts gegenüber als selbstverständlich. Unbeachtet blieb dabei freilich, dass die Anefangsklage auch noch auf der späteren Stufe ihrer Entwicklung einen allerdings sehr verschwommenen persönlichen Vorwurf gegen den Anefangsbeklagten enthält, zu dessen eidlicher Ableugnung derselbe nach dem allgemeinen Princip zugelassen werden müsste, während in Wahrheit auch dieser Theil der Klage durch positive Gegenbehauptungen zu widerlegen ist[2])

Für die Zeit der Volksrechte kann nun kein Zweifel darüber obwalten, dass der für den Anefangsbeklagten be-

[1]) S. 113.

[2]) Vergl. Laband, Vermögensrechtliche Klagen, S. 95 ff.

stehende Zwang zum indirecten Gegenbeweise gegen den Klagevortrag nicht oder wenigstens nicht ausschliesslich auf den soeben angegebenen Gründen beruht. In dieser Periode liegt ja in dem Anefang, wie die herrschende Ansicht annimmt, accessorisch neben dem dinglichen Anspruch, oder, wie wir behaupten, principaliter eine persönliche Anschuldigung gegen den Beklagten, welche einen so bestimmten Inhalt hat, dass der Beweis ihrer unmotivirten Verneinung an sich sehr wohl möglich wäre. Gelangt doch bei der schlichten Diebstahlsklage der Beklagte zu dem Schwure, dass er an der Begehung der von dem Kläger gerügten Strafthat weder als Thäter oder als Theilnehmer schuldig sei. Darin, dass abweichend hiervon bei der intertiatio die unsubstantiirte Klageverneinung auch bezüglich des strafrechtlichen Inhalts der Klage ausgeschlossen ist, liegt also eine im höchsten Grade bemerkenswerthe Eigenthümlichkeit, welche jedoch in der neueren Litteratur fast nirgends mit genügender Schärfe hervorgehoben wird. Nur v. Bethmann-Hollweg[3]) bezeichnet es als das characteristische Merkmal des „dinglichen" Rechtsstreits, dass der Beklagte sich nicht, wie bei der Schuldklage, auf blosses Leugnen beschränken kann, sondern allemal die Beschuldigung des Klägers „durch eine positive Behauptung überbieten" muss. Den dem Anefangsbeklagten obliegenden indirecten Gegenbeweis als ein „Ueberbieten" der Beschuldigung des Klägers aufzufassen, ist nun nach unseren obigen Ausführungen zum mindesten nicht correct. Hier zeigt sich, dass v. Bethmann-Hollweg gerade deshalb, weil er von vorneherein darauf ausging, das dem „dinglichen" Rechsstreit eigenthümliche Beweisrecht zu construiren, das von ihm im Uebrigen richtig wiedergegebene Beweisprincip des Anefangsverfahrens nicht zu erklären vermocht hat. Denn die von ihm versuchte Begründung, nach welcher die Verpflichtung des Besitzers einer individuellen Sache zur substantiirten Antwort darauf beruhen würde, „dass die Sache dem Rechtsstreite einen mehr objectiven Character giebt", ist zu allgemein gehalten, um als ausreichend angesehen werden zu können. Jedenfalls ist v. Bethmann-Hollweg darin beizupflichten, dass die Ansicht Sohm's[4]), die negative Einlassung des Anefangsbeklagten vermöge eine processualisch bedeutsame Richtung gegen das ihm vorgeworfene

[3]) Bd. IV. S. 40, insbesondere Anm. 1.

[4]) Process, S. 91. 93.

Delict zu nehmen, während eine positive Gegenbehauptung nur bei der Vertheidigung gegen den dinglichen Anspruch erforderlich sei, eine irrige ist. Aus dem Zusammenhange, in welchem diese Sätze in der Darstellung Sohm's stehen, ergiebt sich zwar, dass er „Gegenbehauptung" als gleichbedeutend mit „Contravindication" fasst und unter diesen Begriff nur diejenigen Einreden des Beklagten subsumirt, welche seiner Meinung nach ebenso wie die Klage die Geltendmachung des Eigenthums an dem Streitgegenstande bezwecken. Würde es sich hier aber auch lediglich um eine Ungenauigkeit des Ausdrucks handeln, so bliebe trotzdem noch der sachliche Irrthum Sohm's bestehen, dass er die Ausschliessung der unsubstantiirten Klageverneinung der Diebstahlsbeschuldigung gegenüber überhaupt nicht beachtet, oder ihr wenigstens nicht diejenige Bedeutung für die begriffliche Würdigung des Anefangsverfahrens beilegt, welche ihr in Wahrheit zukommt. Da nun auch andere Schriftsteller von einer negativen Einlassung gegenüber dem strafrechtlichen Inhalte der Anefangsklage[5]), von einem Unschuldseide oder Reinigungseide des Anefangsbeklagten[6]) sprechen, so scheint es, um jeden Zweifel über die Richtigkeit des von uns an die Spitze gestellten Princips auszuschliessen, geboten, diejenigen Quellenstellen, welche zu einer derartigen Missdeutung Anlass gegeben haben oder geben könnten, nach dieser Richtung hin zu beleuchten.

Die negative Einlassung des Anefangsbeklagten: „ich habe nicht gestohlen" soll nach Sohm[7]) zunächst in Lex Ribuar. 33 c. 4 dem Anspruche auf Busse gegenüber für wirksam erklärt werden. In dieser Bestimmung lautet die Antwort des Anefangsbeklagten: „quod fordronem suum nesciat" und der Eid, dessen Ableistung er angelobt: „quod ad auctorem vel casa seu postim ianuae auctoris suae nesciat." Hierin kann aber unmöglich eine schlichte Klageverneinung oder ein Beweis der Klageverneinung gefunden werden. Allerdings wird in dem c. 4 cit. nicht besonders hervorgehoben, dass der Anefangsbeklagte Erwerb von einem Dritten behaupten und das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen er erworben hat, benennen muss; auch scheint der vorgeschriebene Eid sich lediglich darauf zu richten, dass der Be-

[5]) Vergl. z. B. Bruns, Recht des Besitzes, S. 286 ff.

[6]) Vergl. z. B. Siegel, Gerichtsverfahren, S. 94. 255 Anm. 1.

[7]) Process, S. 93.

klagte seinen Auctor nicht kenne. Es kann aber wohl als selbstverständlich vorausgesetzt werden, dass nach der Willensmeinung des Gesetzgebers nur derjenige, welcher wirklich einen Auctor hatte, diesen Eid mit gutem Gewissen ableisten durfte.[8]) Ist dieses aber richtig, so enthält die Antwort des Beklagten die positive Behauptung, die Sache durch Rechtsgeschäft erworben zu haben, und der Eid, durch welchen er diese Angabe bewahrheitet, characterisirt sich als Einrede- resp. Gegenbeweis und nicht als Unschulds- resp. Reinigungseid, d. h. als Beweis der Klageverneinung.

Das Gleiche gilt von der denselben Fall behandelnden Bestimmung des langobardischen Rechts[9]), in welcher ausdrücklich vorausgesetzt wird, dass der Anefangsbeklagte das intertiirte Pferd von einem Unbekannten gekauft hat („si quis caballum emerit et auctorem ignoraverit — tunc ille qui emit, si auctorem non habuerit nec scit de quo conparassit"). Hier hat der Anefangsbeklagte zu beschwören: „quia nec fur sit nec collega furoni, nisi simpliciter cum praetium suum conparassit". Würde der erste Theil dieser Eidesnorm, welchen Sohm[10]) besonders hervorhebt, für sich allein stehen, so würde dieselbe unzweifelhaft eine reine Klageverneinung enthalten; in Wahrheit wird aber das *„versaken"* des Beklagten in dem zweiten Theile durch eine positive Gegenbehauptung, nemlich durch die Angabe, die Sache redlich gekauft zu haben, näher motivirt. Es ist also unrichtig, wenn Siegel[11]) in dieser Stelle ausdrücklich ausgesprochen findet, dass der Anefangsbeklagte der Diebstahlsinzicht gegenüber zum Unschuldseide gelange.[12])

[8]) Vergl. das Nähere hierüber unten § 15.

[9]) Edict. Rothar. c. 232.

[10]) Process, S. 94 Anm. 6.

[11]) a. a. O. S. 255 Anm. 8.

[12]) Dass in Lex Baiuvar. IX, 7: „si quis de fure nesciens conparavit, requiret accepto spatio venditorem; quem si non potuerit invenire, probet se cum sacramento et testibus innocentem" kein Unschuldsbeweis im engeren Sinne, sondern der Beweis für die Einrede des Erwerbs durch Rechtsgeschäft angeordnet wird, ergiebt sich bereits aus der Nothwendigkeit der Zuziehung von Zeugen, in welchen freilich v. Bethmann-Hollweg Bd. IV. S. 45 Anm. 22 ohne Angabe von Gründen Eideshelfer erblickt. Vergl. übrigens auch die entsprechende Stelle der Lex Visigoth. (VII. 2, 8),

Eine ähnliche Verbindung des Reinigungseides mit einer motivirten Widerlegung des Klagefundaments enthält die der oben[13]) mitgetheilten angelsächsischen Formel für den Voreid des Anefangsklägers entsprechende Eidesnorm für den Beklagten. Da uns gleichzeitig der Eid, welchen der Beklagte bei der schlichten Diebstahlsklage zu leisten hat, überliefert ist, setzt uns das angelsächsische Recht auch hier, wo es sich um die Vertheidigung des Beklagten handelt, in die Lage, die Eigenthümlichkeit des Anefangsverfahrens mit besonderer Schärfe hervorzuheben.

I. Schlichte Klage.[14])

Des Anderen Eid, dass er unschuldig ist. Bei dem Herrn, ich bin unschuldig in That und Rath bei dieser Anschuldigung, die N. gegen mich erhebt.

II. Anefangsklage.[15])

Des Anderen Eid, bei dem man sein Gut wegnimmt.

A. Reinigungseid: Bei dem Herrn, ich war weder durch Rath noch durch That, weder als Mitwisser noch als Thäter dabei, als man N. unrechtmässig Gut entwendete;

B. Allgemeine Motivirung: **sondern wie ich das Gut habe, so erhielt ich es rechtmässig;**

C. Specielle Motivirung:

a) Und wie ich es zur Gewähr ziehe, so verkaufte es mir Der, in dessen Hand ich es nun lege;

b) Und wie ich das Gut habe, so verkaufte es mir Der, der es zu verkaufen hatte;

c) Und wie ich das Gut habe, so stammt es aus meinem Vermögen, und so ist es nach Volksrecht mein eigenes Gut und meine Gutszucht.

Anschaulicher als durch die Gegenüberstellung dieser beiden Formeln kann der Unterschied zwischen der Antwort des Beklagten auf die schlichte Diebstahlsklage und auf die Anefangsklage garnicht gemacht werden. Gleichzeitig liefert aber die

in welcher der obige Passus lautet: approbet se aut sacramento aut testibus innocentem, quod eum furem nescierit.

[13]) S. 129.

[14]) Vergl. Schmid, Ges. der Angelsachs., Anhang X. nr. 5, p. 406. 407.

[15]) a. a. O. nr. 3.

zweite Formel[16]) durch ihren Eingang den unzweideutigen Beweis, dass die Vertheidigung des Anefangsbeklagten in Wahrheit auf die Reinigung von der Diebstahlsbeschuldigung gerichtet ist, während aus dem weiteren Inhalt dieses Eides hervorgeht, dass die Einreden des Beklagten (und zwar auch der Gewährszug und die Behauptung der eigenen Zucht) lediglich zur Motivirung der an die Spitze gestellten Negation dienen. Die schwerwiegenden Consequenzen, welche sich hieraus ergeben, werden weiter unten[17]) gezogen werden.

Schliesslich mag noch hervorgehoben werden, dass der in c. 1 Capitul. II. zur Lex Salica[18]) erwähnte, mit drei Zeugen oder Eideshelfern zu erbringende Beweis des Anefangsbeklagten: „quod in alode patris hoc invenisset", nicht, wie Sohm[19]) annimmt, als Reinigungseid angesehen werden kann. Allerdings wird der Anefangsbeklagte, welcher sich auf diese Beweisführung beschränkt, nur von der Verpflichtung zur Zahlung der Diebstahlsbusse frei (si hoc fecerit, se de damno causa eliberat), während er die intertiirte Sache nur dann behält (poterit rem intertiata vindicare), wenn er ausserdem beweist: „qualiter pater ipsas invenisset." Im Uebrigen liegt aber in der Angabe, die streitige Sache in der Erbschaft vorgefunden zu haben, unzweifelhaft eine motivirte Verneinung der Diebstahlsbeschuldigung, eine positive Gegenbehauptung. Die citirte Stelle fährt dann weiter fort: „si nec istud fecerit, ille qui eas intertiaverit suo filtorto et . . culpabilis iudicetur", woraus sich mit voller Sicherheit ergiebt, dass der Anefangsbeklagte sich in dem hier behandelten Falle lediglich in der angegebenen Art vertheidigen kann. Mit ausdrücklichen Worten wird die Unzulässigkeit der unsubstantiirten Klageverneinung der Anefangsklage gegenüber zwar in den Volksrechten nicht ausgesprochen; dieses Schweigen der Quellen erklärt sich jedoch daraus, dass es überall als selbstverständlich vorausgesetzt wird, dass der Beklagte im concreten Falle nur von den gesetzlich für denselben vorgeschriebenen Einreden Gebrauch machen darf. Hätte der Beklagte statt der Rechtfertigung seines Besitzes den schlichten Unschuldsbeweis wählen und durch diesen die

[16]) Ebenso wie das oben citirte c. 232 Edict. Rothar.

[17]) Vergl. unten § 9 und 10.

[18]) Behrend-Boretius, p. 93.

[19]) Process, S. 94.

Diebstahlsbeschuldigung widerlegen können, so wäre es ihm möglich gewesen, die Vorschriften der Quellen, welche ihn verpflichten, seinen ihm bekannten Gewähren als Käufer zu gestellen oder seinen redlichen Erwerb durch Zeugen darzuthun, illusorisch zu machen. Dieses zu gestatten, liegt aber jedenfalls nicht im Sinne der auf das Anefangsverfahren bezüglichen Bestimmungen, und es muss deshalb angenommen werden, dass der Anefangsbeklagte, welcher sich auf blosses Leugnen beschränkte und sich lediglich zur Ableistung des Unschuldseides erbot, sachfällig, d. h. dem Inhalt der Klage entsprechend zur compositio furti und zur Herausgabe der Sache verurtheilt würde. Und zwar trat unserer Meinung nach auch diese Rechtsfolge ohne eine vorgängige Beweisführung des Anefangsklägers ein [20]), obgleich das Princip der Einseitigkeit des Beweises (da hier der Beweis des Anefangsbeklagten wegfällt) einer solchen an sich nicht entgegengestanden hätte. In der Zuerkennung des Beweisrechts an den Beklagten liegt nemlich nach germanischer Auffassung allerdings zunächst die Gewährung einer Befugniss, welcher aber auf der andern Seite die Pflicht des Beklagten entspricht, seine Vertheidigung genau nach den objectiv festgestellten Regeln einzurichten. [21]) Durch die Nichterfüllung dieser Verpflichtung wird daher nicht eine Verschiebung der Beweisvertheilung bewirkt und der Kläger zum Beweise genöthigt: vielmehr wird präsumirt, dass der Beklagte, weil er von seinem Rechte nicht in der vorgeschriebenen Art Gebrauch macht, sich überhaupt nicht vertheidigen kann oder will. Er wird demgemäss bereits auf Grund seiner unrichtigen Antwort, ohne dass es einer Beweisführung des Klägers bedarf, sachfällig. Die Richtigkeit dieser Auffassung lässt sich für die übrigen Processarten mit voller Sicherheit darthun [22]); für das Anefangsverfahren ergiebt sich das Gleiche mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, wenn man aus den Bestimmungen der späteren Quellen, in welchen die Frage, ob der Anefangskläger beweisfrei sei, in ein neues Stadium getreten ist, einen Rückschluss auf das ältere Recht zieht. Hierüber kann das Nähere jedoch erst unten im zweiten Abschnitte mitgetheilt werden.

[20]) Uebereinstimmend Sohm, Process, S. 91. 92.

[21]) Vergl. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. II. S. 15. 16.

[22]) Vergl. insbesondere die Formeln bei Rozière Nr. 459. 460. 461. 474. 478.

§ 9.

(Schluss.)

IV. Die der Anefangsklage gegenüber zulässigen Einreden.

Nachdem sich auch der zweite oben aufgestellte Satz, dass die unsubstantiirte Klageverneinung der Anefangsklage gegenüber ausgeschlossen ist, bestätigt hat, haben wir uns jetzt mit der Feststellung der rechtlichen Natur der dem Anefangsbeklagten zur Verfügung stehenden Einreden zu beschäftigen. Im Wesentlichen handelt es sich hierbei um die Frage, ob sämmtliche Behauptungen des Beklagten, welche nach den in den Quellen überlieferten Entscheidungen als relevant zum Beweise zugelassen werden, auf die Widerlegung einer in der Klage enthaltenen Diebstahlsinzicht hinzielen. Würden wir finden, dass der Anefangsbeklagte sich auch solcher Einreden bedienen darf, welche entweder ausschliesslich oder wenigstens gleichzeitig zur Erreichung eines anderen Zweckes bestimmt sind, so wäre damit dargethan, dass der Inhalt der Anefangsklage durch die strafrechtliche Anschuldigung gegen den in Anspruch genommenen Besitzer der intertiirten Sache nicht erschöpft wird. Dieses als richtig vorausgesetzt, müsste aber nicht bloss die von uns vertheidigte einheitliche Auffassung der Anefangsklage im Allgemeinen, sondern speciell auch die oben versuchte Begründung des für unser Rechtsinstitut characteristischen Beweisrechts als unhaltbar aufgegeben werden.

In Wahrheit lässt sich jedoch der Nachweis, dass die Vertheidigung des Beklagten im Anefangsverfahren stets und ausschliesslich darauf gerichtet ist, seine Unschuld an dem mit der Klage gerügten Diebstahl darzuthun, mit Leichtigkeit erbringen. Die Richtigkeit dieser unserer Behauptung folgt bereits aus den bisher von anderen Schriftstellern aufgestellten Ansichten über den rechtlichen Character der bei der Anefangsklage begegnenden Einreden. In der neueren Litteratur werden nemlich fast überall die Vertheidigungsmittel, von denen der Anefangsbeklagte mit Aussicht auf Erfolg Gebrauch machen darf, in zwei Klassen, welche dem der Anefangsklage angeblich zu Grunde liegenden doppelten Klagefundamente entsprechen, eingetheilt. Gegen den „dinglichen“ Anspruch des Anefangsklägers, d. h. gegen den Anspruch auf Herausgabe der Sache, richten sich

diejenigen Behauptungen, bei deren processualischer Feststellung der Kläger vollständig abgewiesen wird, d. h. weder Sache noch Busse erhält. Unter die zweite Kategorie fallen dagegen diejenigen Einwendungen, bei deren Geltendmachung Beklagter lediglich die Verurtheilung zur Zahlung der Diebstahls- resp. Anefangs-Busse abzuwenden sucht, während er auf das Behalten der mit Anefang belegten Sache von vorneherein verzichtet. Nach diesem Gesichtspunkte unterscheiden Bruns[1]) und Sohm[2]): ob sich der Anefangsbeklagte positiv oder negativ, mit oder ohne Erhebung der Contravindication vertheidigt, v. Bethmann-Hollweg[3]): ob sein Vorbringen nur die Schuldfrage, d. h. den Verdacht, der Dieb resp. ein Diebesgenosse zu sein, oder auch die Rechtsfrage betrifft, d. h. ob er ein besseres Recht an der Sache geltend macht, Laband[4]): ob der Beklagte sich in der Hauptsache einlässt und seine Vertheidigung gegen den Anspruch auf Herausgabe der Sache richtet, oder ob er solche Einreden geltend macht, durch welche lediglich die mit der Anefangsklage stillschweigend verbundene Beschuldigung unrechtfertigen Besitzes oder Erwerbes widerlegt werden soll, endlich Planck[5]): ob der Beklagte durch die Rechtfertigung seines Besitzes seine Befugniss, die Sache zu behalten, begründen, oder ob er, obgleich die Sache selbst dem Kläger herausgegeben werden muss, den in dem Auftreten des Letzteren liegenden versteckten Vorwurf der Unredlichkeit, der Betheiligung an Raub und Diebstahl, abwehren will.

Das Eintheilungsprincip, welches den Ausführungen der eben Genannten zu Grunde liegt, muss nun, von dem Standpunkte aus betrachtet, welchen diese Schriftsteller unserem Rechtsinstitute gegenüber einnehmen, als durchaus correct bezeichnet werden. Mit grösserer Schärfe hätte freilich hervorgehoben werden sollen, dass diejenigen Einreden, welche zur vollständigen Abweisung der Anefangsklage führen, nicht bloss gegen den klägerischen Anspruch auf Herausgabe der Sache, sondern gleichzeitig auch gegen die in dem Anefang enthaltene

[1]) Das Recht des Besitzes im Mittelalter, S. 286 ff.

[2]) Process, §§ 12 und 13 (S. 90 ff.).

[3]) a. a. O. Bd. IV. S. 15. 40. 42—44.

[4]) a. a. O. S. 95 ff. 118 ff.

[5]) Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 829—830.

strafrechtliche Anschuldigung gerichtet sind. Da man die letztere jedoch lediglich als ein Accessorium des ersteren auffasste, so betrachtete man den Umstand, dass der in Bezug auf die intertiirte Sache obsiegende Anefangsbeklagte von Strafe frei blieb, als ein durchaus nebensächliches Moment, welches kaum der Erwähnung werth erschien. Nur v. Bethmann-Hollweg [6]) hebt ausdrücklich hervor, dass, sobald der Anefangsbeklagte ein besseres Recht an der mit Anefang belegten Sache geltend machte, „die Schuldfrage durch die Rechtsfrage absorbirt worden sei." Diese unserer Meinung nach irrige Auffassung hängt mit der sogleich zu erörternden Bruns'schen Ansicht von der Zulässigkeit petitorischer Einreden im Anefangsverfahren zusammen.

Wir argumentiren folgendermassen. Mit demselben Rechte, mit welchem Bruns, Sohm und v. Bethmann-Hollweg [7]) die innere Verschiedenheit der dem Anefangsbeklagten zur Seite stehenden Vertheidigungsmittel betonen, können wir den bei sämmtlichen relevanten Behauptungen des Beklagten gleichmässig wiederkehrenden Inhalt in den Vordergrund stellen. Die geringste Folge, welche die Erbringung des vorschriftsmässigen Beweises für einen von dem Beklagten geltend gemachten Einwand nach sich zieht, ist nun, wie heute allseitig zugegeben wird, die Befreiung des Beklagten von der Verpflichtung zur Zahlung der Diebstahlsbusse. Dieses als richtig vorausgesetzt, muss es aber unzweifelhaft als zulässig angesehen werden, die Einreden des Beklagten unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zusammenzufassen und demgemäss das Princip aufzustellen: sämmtliche im Anefangsverfahren begegnenden Einreden dienen zur Widerlegung der in der Klage enthaltenen Diebstahlsbeschuldigung. Einer Klassificirung der Behauptungen des Beklagten bedarf es dagegen nur insofern, als ihr (von unserem Standpunkte aus erst in zweiter Linie in Betracht kommender) Einfluss auf die Entscheidung über die mit Anefang belegte Sache ein verschieden-

6) a. a. O. Bd. IV. S. 43.

7) Wir nennen hier nur diese Schriftsteller, weil die Ausführungen Laband's und Planck's lediglich auf den späteren Quellen, nach welchen die Diebstahlsstrafe regelmässig nicht im Rahmen des Anefangsverfahrens verhängt wird, ruhen.

artiger ist. Auch bei Zugrundelegung der von uns vertheidigten Auffassung der Anefangsklage als einer Strafklage erscheint nun der Fall, dass die Entscheidungen über den reipersecutorischen und den Delicts-Anspruch mit einander parallel laufen, als der regelmässige: freilich aus einem anderen Grunde, als dem für die herrschende Ansicht massgebenden. Während diese die Befreiung des hinsichtlich der Sache obsiegenden Anefangsbeklagten von der Diebstahlsbusse daraus erklärt, dass die strafrechtliche Anschuldigung ein Accessorium der „dinglichen" Klage bilde, erstere demgemäss bei Abweisung der letzteren von selbst zusammenfallen müsse, halten wir gerade die umgekehrte Schlusssetzung für zutreffend. Wird die Anefangsklage, wie wir annehmen, gegen den Besitzer der intertiirten Sache als präsumtiven Dieb gerichtet, so muss, wenn die Unschuld des Beklagten an dem Diebstahl dargethan wird, auch der accessorische Anspruch auf die Herausgabe der Sache haltlos werden; die Zurückweisung des letzteren ist also die Folge der Freisprechung des Beklagten von der Diebstahlsbeschuldigung. In gleicher Weise erblicken wir die Abweichung von der Regel, welche bei den übrigen Einreden eintritt, nicht, wie die herrschende Ansicht voraussetzt, darin, dass Beklagter, obgleich er zur Herausgabe der Sache verurtheilt wird, straflos bleibt, sondern umgekehrt darin, dass die intertiirte Sache trotz des Wegfalls des in der Klage enthaltenen Fundaments für den reipersecutorischen Anspruch dem Kläger zuerkannt wird. Die Differenz zwischen der herrschenden Ansicht und der unsrigen beruht also lediglich auf der abweichenden Beantwortung der Frage, welcher von den beiden Bestandtheilen der Anefangsklage als der begrifflich wesentliche anzusehen sei. Diese Meinungsverschiedenheit zum Austrage zu bringen, ist aber hier nicht der Ort, da die im Anefangsverfahren begegnenden Einreden beide Auffassungen zulassen. Dass der von uns entwickelten Ansicht der Vorzug gebühre, wird daher erst dann als feststehend gelten können, wenn uns der Nachweis gelungen ist, dass die sogenannte „dingliche" Wirkung der Anefangsklage in Wahrheit nicht auf den Klageinhalt zurückzuführen, sondern aus anderen Gründen zu erklären ist. Mit dieser Frage, auf welche sich unsere ganze Untersuchung zuspitzt, werden wir uns unten (§§ 13—17) näher zu beschäftigen haben.

Im Uebrigen könnte die von uns entwickelte Ansicht über

den Inhalt der Vertheidigung des Beklagten nur von dem Standpunkte aus angefochten werden, welchen zuerst Bruns[8]) und nach ihm Sohm[9]) und v. Bethmann-Hollweg[10]) bei Behandlung dieses Gegenstandes eingenommen haben. Sämmtliche gedachten Schriftsteller gehen nemlich von der Annahme aus, dass der Anefangsbeklagte „petitorische Einreden“ geltendmachen könne, dass er, wenn er die Sache behalten wolle, „ein absolutes Recht an derselben behaupten“, „contravindiciren“ müsse. Bruns[11]) wirft freilich selbst die Frage auf, ob „die Berufung des Beklagten auf seinen Besitz und Eigenthumserwerb wirklich die Bedeutung einer eigentlichen Geltendmachung des Rechtes als solchen habe oder nicht vielmehr nur als indirecte Widerlegung der Beschuldigung des Raubes oder Diebstahls anzusehen sei; denn es verstehe sich von selbst, dass man die Beschuldigung, eine Sache durch Raub oder Diebstahl in Besitz bekommen zu haben, gar nicht anders widerlegen könne, als dadurch, dass man positiv beweise, dass man sie auf eine bestimmte andere Weise bekommen habe.“ Bruns reprobirt diese Auffassung jedoch als unzulässig, und zwar hauptsächlich in Rücksicht auf die Grundsätze des germanischen Rechts über die Selbsthülfe, aus denen sich die Existenz petitorischer Einreden im Anefangsverfahren seiner Meinung nach mit voller Sicherheit ergeben soll.

Schon Laband[12]) hat nun hervorgehoben, dass diese Ansicht insofern zu einer argen Incongruenz führt, als sie die Einreden des Beklagten auf eine Basis stellt, welche sich mit dem Klagefundamente keineswegs deckt. Dass dieser Einwand völlig durchschlagend ist, erhellt mit besonderer Deutlichkeit, wenn man von den Quellen der späteren Zeit, welche Laband ausschliesslich benutzt hat, auf die der fränkischen Periode zurückgeht. Für die Zeit der Volksrechte kann nemlich, selbst wenn die Ansicht von der Duplicität des Anefangsverfahrens als richtig unterstellt wird, kein Zweifel darüber obwalten, dass der Anefangsbeklagte, welcher eine von den sogenannten „petitorischen

[8]) Recht des Besitzes, S. 286 ff., insbesondere S. 300. Derselbe, Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechtes, S. 229 ff.

[9]) Process, S. 56. 98 ff.

[10]) a. a. O. Bd. IV. S. 43.

[11]) Recht des Besitzes, S. 294 ff. Vergl. auch Sohm, Process, S. 103—104.

[12]) a. a. O. S. 119.

Einreden" erhoben hat, mit derselben aber beweisfällig geworden ist, nicht bloss die Sache herausgeben, sondern auch die Diebstahlsbusse zahlen muss. Die oben gedachten Schriftsteller berücksichtigen eben lediglich den Fall, dass die von dem Beklagten geltendgemachte Einrede der eigenen Zucht erwiesen wird; nur unter dieser Voraussetzung ist es verständlich, wenn z. B. v. Bethmann-Hollweg[13]) erklärt: „sobald Beklagter originären Erwerb einwende, komme es auf die Behauptung des Klägers, dass die Sache ihm entwendet sei, selbst wenn Beklagter der Dieb wäre (?), gar nicht mehr an." Hätte v. Bethmann-Hollweg auch die Möglichkeit, dass Beklagter den Beweis für das von ihm behauptete „bessere Recht" nicht erbringt, in Betracht gezogen, so würde er das Vorhandensein der von Laband gerügten Inconsequenz selbst empfunden haben. Denn es liegt auf der Hand, dass der Anefangsbeklagte nach der Bruns-Sohm'schen Theorie vor die Alternative gestellt wird, entweder ein absolutes Recht an der intertiirten Sache darzuthun oder als Dieb bestraft zu werden, obgleich die Widerlegung der Diebstahlsbeschuldigung zweifellos auch ohne Erhebung der „Contravindication" möglich wäre.

Weiter sind die Ausführungen von Bruns, welche sich auf die Selbsthülfe beziehen, keineswegs schlüssig. Das ergiebt sich aus folgenden Erwägungen. Setzen wir den Fall, dass der „Eigenthümer", welcher seine Sache durch Diebstahl oder auf andere Art verloren hat, dieselbe entweder in Niemandes Besitz oder in der Gewahrsam eines Dritten wiedergefunden und eigenmächtig an sich genommen hat. Demnächst erhebt der letzte Inhaber der auf diese Art in die Hand des Berechtigten zurückgelangten Sache die Anefangsklage, und zwar mit der Behauptung, dass ihm der Besitz derselben durch Diebstahl oder Raub entzogen worden sei.[14]) Nehmen wir jetzt mit Bruns[15]) an, dass

[13]) a. a. O. Bd. IV. S. 43.

[14]) Nur dieser Fall kann, was übrigens auch Bruns selbst als richtig anerkennt, bei Beantwortung der hier erörterten Frage in Betracht kommen. Wird die Klage von vorneherein durch die Behauptung unerlaubter Selbsthülfe substantiirt (was theoretisch denkbar ist, aber thatsächlich äusserst selten vorgekommen sein wird), so bleibt, da das Eigenthum des Beklagten von dem Kläger zugestanden wird, für die Einrede des Eigenthums kein Raum übrig.

[15]) Recht des Besitzes, S. 296 ff. — Diese Annahme hat die Präsumtion der Richtigkeit für sich und muss daher solange als zutreffend angesehen

Beklagter in diesem Falle, obgleich er die heimliche oder gewaltsame Wegnahme geradezu eingesteht, befugt sei, sich auf sein Eigenthumsrecht an der Sache zu berufen, so entsteht die Frage, ob hierin wirklich, wie Bruns behauptet, „der deutliche Beweis dafür liegt, dass die Contravindication des Beklagten von der Diebstahlsbeschuldigung völlig getrennt sei und in der selbstständigen Geltendmachung eines Rechts an der Sache bestehe."

werden, bis ausdrückliche Vorschriften (über Lex Burgund. 19 c. 2 vergl. unten S. 159 Anm. 19) beigebracht werden, welche die Uebung von Eigenmacht mit dem Verluste des Rechts an der Sache bedrohen. Auf der anderen Seite lassen sich jedoch auch solche Quellenzeugnisse, welche den im Text wiedergegebenen Rechtssatz für die Zeit der Volksrechte positiv bestätigen, nicht nachweisen. Wenigstens können die von Bruns a. a. O. und Siegel (Gerichtsverfahren, S. 45 ff. 90 Anm. 9) angeführten Bestimmungen nach dieser Richtung hin kaum in Betracht kommen. Das gilt insbesondere von den den Immobiliarprocess betreffenden Stellen. So ist es z. B. zweifellos unrichtig, wenn Bruns und Siegel annehmen, dass der als „invasor" in Anspruch Genommene die Gewahrsam des streitigen Grundstücks durch unberechtigte Selbsthülfe erlangt haben müsse. Als „invasor" bezeichnen die Quellen vielmehr häufig Jeden, der ein Grundstück ohne Recht innehat, gleichgültig, auf welche Art er von demselben Besitz ergriffen hat. Die Behauptung: „invasisti territorium meum" steht daher völlig auf der gleichen Stufe, wie die Formel: „malo ordine possides", d. h. sie enthält eine ganz allgemeine Substantiirung der Immobiliarklage. Weiter darf auch dem Umstande, dass einige Quellenstellen, welche in der That von der Selbsthülfe handeln, nur eine Strafandrohung enthalten, der Verpflichtung zur Restitution der eigenmächtig weggenommenen Sache dagegen nicht Erwähnung thun, kein zu grosses Gewicht beigelegt werden. Siegel (a. a. O. S. 90 Anm. 9) beruft sich z. B. darauf, dass der Titel 61 der Lex Salica (de charoena) in dem von dem Raube handelnden c. 1 anordnet: „rem in caput reddat", während sich in dem die Selbsthülfe betreffenden c. 3 eine gleiche Bestimmung nicht findet. Dieses Argument ist aber im höchsten Grade zweifelhaft, da die Wendung „excepto capitale etc." in zahlreichen Vorschriften der Lex Salica nur deshalb fortgelassen wird, weil der Gesetzgeber die Verurtheilung zur Zahlung des capitale für selbstverständlich hält. Vergl. Behrend, Lex Salica, S. 140 *s. v.* capitale. — Für die Zeit des späteren Mittelalters kann die Existenz des hier in Frage stehenden Rechtssatzes als unzweifelhaft angesehen werden. Vergl. Laband a. a. O. S. 185 ff. und Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I S. 825. 620 ff. Bedenklich erscheint es jedoch, mit Planck a. a. O. S. 735 aus Sachsensp. III, 43 § 1 zu schliessen, dass derjenige, welcher den Besitz einer Sache durch Eigenmacht erlangt hatte, nur dann bussfällig wurde, wenn ihm das Gut *„mit rechte afgewunnen"* worden war. Die oben S. 52 ff. citirten Bestimmungen, welche die Erhebung des Anefangs *„ane gerichte"* verbieten, sowie die übrigen bei Laband und Planck mitgetheilten Stellen machen es vielmehr wahrscheinlich, dass unerlaubte Selbsthülfe unter allen Umständen bestraft wurde.

Gewiss nicht, vielmehr kann gar kein Zweifel darüber obwalten, dass die hier erörterte Einrede, selbst wenn sie den von Bruns behaupteten Inhalt hätte, auf die Widerlegung der Diebstahlsbeschuldigung hinzielen würde. Der Beklagte gesteht ja, wie Bruns selbst annimmt, lediglich die äussere Wegnahmehandlung zu; er behauptet aber, dass dieselbe sich nicht als Diebstahl characterisire, weil sie nicht eine fremde, sondern eine eigene Sache zum Gegenstande gehabt habe. Die Berufung auf Selbsthülfe würde also völlig auf der gleichen Stufe stehen, wie die Behauptung des Beklagten, die intertiirte Sache zwar wider den Willen des Klägers, jedoch nicht in diebischer Absicht, sondern aus Irrthum, mittelst Erbeutung im Kriege oder in rechter Fehde oder endlich durch rechtmässige Pfändung in seine Gewahrsam genommen zu haben. In seinem neuesten Werke[16]) erkennt Bruns denn auch an, dass die Einrede des Eigenthums, da Selbsthülfe kein Diebstahl sei, eine directe Vertheidigung gegen die Behauptung des Diebstahls enthalte. Er übersieht jedoch, einerseits dass er durch dieses Zugeständniss in directen Widerspruch zu seinen früheren Ausführungen tritt, und andererseits, dass die Einrede der eigenen Zucht, wenn sie wirklich zur Widerlegung der Diebstahlsinzicht vorgebracht wird, unmöglich als „petitorische Einrede", als „Contravindication" bezeichnet werden kann. Die Untersuchung über das von dem Beklagten behauptete Recht an der intertiirten Sache würde ja bei Zugrundelegung der neuen Fassung, welche Bruns seiner Ansicht giebt, lediglich einen Incidentpunkt bei Entscheidung der Frage, ob der Thatbestand eines Diebstahls vorliege, bilden. Dem Beklagten würde demgemäss beim Gelingen seiner Beweisführung das streitige Gut nicht deshalb zugesprochen werden, weil er Eigenthümer ist: der juristische Grund seines Behaltens wäre vielmehr darin zu suchen, dass die Unrichtigkeit der Diebstahlsbeschuldigung und damit die Grundlosigkeit der Anefangsklage dargethan ist. Diesen Gesichtspunkt hat Bruns so wenig gewürdigt, dass er im unmittelbaren Anschluss an den soeben mitgetheilten Passus seiner „Besitzklagen" erklärt[17]), dass er trotz der von Laband vorgebrachten Gegengründe an seiner Ansicht, die Einrede des Eigen-

[16]) Besitzklagen, S. 230.

[17]) Besitzklagen, S. 231.

thums sei selbstständig und nicht bloss als Widerlegung der Wegnahme aufzufassen, festhalte.

Endlich — und hierauf ist das entscheidende Gewicht zu legen — muss mit aller Bestimmtheit in Abrede gestellt werden, dass eine Einrede des Eigenthums in dem von Bruns behaupteten Sinne den germanischen Quellen überhaupt bekannt ist. Positive speciell den Mobiliarprocess betreffende Quellenzeugnisse, welche gegen die Bruns'sche Ansicht sprechen, sind uns freilich nicht erhalten. Auf der anderen Seite giebt es unseres Wissens nur eine einzige Stelle[18]), welche die von Bruns aufgestellte Behauptung wenigstens scheinbar bestätigt, nemlich:

> Lex Burgund. XIX. c. 2. Quicumque caballum alienum quasi agnitum pro suo tulerit et suum esse non potuerit adprobare, caballi alterius eiusdem meriti amissione dampnetur.

Bezieht man diese Vorschrift, der herrschenden Ansicht[19]) folgend, auf den Fall, dass Jemand eine fremde Sache ohne Widerspruch eines Dritten als die seinige an sich genommen hat und demnächst wegen Rückgabe derselben belangt wird, so muss die Möglichkeit, dass hier dem Beklagten das Beweisrecht

[18]) Ueber die den Immobiliarprocess betreffenden Stellen, welche Bruns anführt, vergl. oben S. 156 Anm. 15. — Einen unzweideutigen Beweis für die Zulässigkeit petitorischer Einreden im Anefangsverfahren erblicken Sohm, Process, S. 56. 68 Anm. 8 und v. Bethmann-Hollweg (a. a. O. Bd. IV. S. 43 Anm. 16 und S. 486 Anm. 36) in c. 12 Capitul. VI. zur Lex Salica (Behrend-Boretius, S. 112). Es ist aber bereits oben (S. 124 ff.) dargethan worden, dass das in dieser Stelle begegnende Wort „furtivare" nicht mit „furare" identisch ist, und dass daher auch das „suas fuisset adprobare" eine andere Bedeutung haben muss, als die eben genannten Schriftsteller annehmen. Das c. 12 cit. kann demgemäss für die hier erörterte Frage überhaupt nicht in Betracht kommen.

[19]) Vergl. Siegel, Gerichtsverfahren, S. 47. 48. Sohm, Process S. 68 Anm. 8. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 43 Anm. 16. — In Rücksicht auf c. 1 eiusd. tit. halte ich es jedoch keineswegs für ausgeschlossen, dass das c. 2 cit. sich gerade auf die gewaltsame Wegnahme einer in fremdem Besitze befindlichen Sache bezieht, und dass die in ihm angedrohte poena dupli auf römischen Einfluss zurückzuführen ist. Auch v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 168 nimmt an, dass bei Abfassung des Titels XIX. der Lex Burgundionum das Decretum Divi Marci vorgelegen habe; die Benutzung der l. 3 Cod. Theodos. IV, 22 (l. 7 Cod. Justin. VIII, 4), welche übrigens auch in die Lex Romana Visigothorum aufgenommen worden ist, dürfte eine noch grössere Wahrscheinlichkeit für sich haben.

für die Einrede des Eigenthums zuerkannt wird, allerdings zugegeben werden. Es ist nun aber bereits mehrfach[20]) hervorgehoben worden, dass die Wendung: „non potuerit adprobare" in Stellen, welche, wie die obige, lediglich das Resultat der Beweisaufnahme im Auge haben, keinen sicheren Aufschluss über die Frage der Beweislast gewähren kann. Weiter ist in Betracht zu ziehen, dass das c. 2 cit. wahrscheinlich von der Voraussetzung ausgeht, dass der Beklagte den dieblichen Verlust des Klägers und Letzterer das „Eigenthum" des Beklagten an einem dem Streitgegenstande zum Verwechseln ähnlichen Pferde zugestanden haben. Die Beweisaufnahme würde demgemäss lediglich die Frage betreffen, ob der „caballus in contentione positus" der von dem Kläger oder der von dem Beklagten „gemeinte" sei. In solchen Fällen, in welchen gerade die Recognoscirung der streitigen Sache zweifelhaft und mit Schwierigkeiten verbunden war, gelangte Beklagter aber unter allen Umständen zum Nachweise der Identität. Das ergiebt die folgende Stelle:

> Glogauer Rechtsbuch c. 331. Lassen czwene man gesmyde machen in eynen stempil, der eyne vorleusit daz seyne und spreche der anderen an. Der man der daz gesmeide in seynen geweren hat, beheldet daz gesmeyde mogelich mit seynis eygen hand uff dy heiligen.[21])

Endlich ist es im höchsten Grade bedenklich, die oben citirte Stelle der Lex Burgundionum auf die Anefangsklage zu beziehen; vielmehr scheint der Umstand, dass Beklagter beim Misslingen seiner Beweisführung nicht wegen Diebstahls, sondern wegen des „male agnoscere" bestraft wird, darauf hinzudeuten, dass die Klage von vorneherein schlicht angesetzt und durch die Behauptung des Missgriffs[22]) substantiirt worden sei. Nach alledem würde das c. 2 cit. Lex Burgund. XIX nur eine ziemlich schwache Unterstützung für die Bruns'sche Theorie bieten. Gegen die letztere

[20]) Vergl. insbes. S. 107 Anm. 5. S. 124 ff.

[21]) Wasserschleben a. a. O. S. 42. Vergl. ferner Magdeburg-Breslau. Systemat. Schoeffenr. (Laband) III. 2 c. 100. Kulmisches Recht (Leman) III. c. 134 und Laband a. a. O. S. 114. 115.

[22]) Oder der Selbsthülfe (vergl. oben S. 156 Anm. 14).

spricht zunächst die Analogie des Immobiliarprocesses [23]), für welchen es als sicher gelten kann, dass der Beklagte, welcher sich der Selbsthülfe bedient hat, nicht zum Beweise seines angeblichen Rechts an der Sache gelangte. Vielmehr wurde, sobald die verübte Eigenmacht dargethan war, der Kläger in den Besitz des ihm gewaltsam entrissenen Gutes wiedereingesetzt, womit gleichzeitig die Vortheile der Beklagtenrolle, insbesondere das Beweisrecht, auf ihn übergingen. Dass für den Mobiliarprocess das gleiche Princip gegolten habe, ist an sich wahrscheinlich und muss trotz des Mangels ausdrücklicher Quellenzeugnisse schon deshalb als feststehend angesehen werden, weil das Anefangsverfahren seiner ganzen Anlage nach dazu geschaffen ist, die „Kette von Ereignissen, welche den ehemaligen und den gegenwärtigen Besitzstand verbindet", aufzudecken. [24]) Planck [25]), auf dessen unserer Meinung nach völlig überzeugende Ausführungen hiermit verwiesen wird, nimmt daher mit Recht an, dass der Anefangsbeklagte unter allen Umständen verpflichtet gewesen sei, sein jetziges Haben zu rechtfertigen, dass dagegen eine Einrede des Inhalts, in der Vergangenheit einmal Eigenthum an der mit Anefang belegten Sache erworben zu haben, ausgeschlossen gewesen sei. Sobald die eigenmächtige Wegnahme durch das Zugeständniss des Beklagten oder auf andere Art festgestellt worden war, erschien der Kläger als der letzte legitimirte Inhaber der Sache. Die Entscheidung über

[23]) Vergl. hierüber Laband a. a. O. S. 185 ff., insbesondere S. 196 und Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 577 ff. 620 ff.

[24]) Dieses hervorgehoben zu haben, ist das Verdienst Delbrück's, Dingliche Klage, S. 39 und Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XIV. S. 220. Gegen Delbrück erklärt sich Sohm, Process, S. 101 ff. Man kann Sohm darin beipflichten, dass die Vertheidigung im Anefangsverfahren auf den Nachweis hinzielt, dass der von dem Kläger behauptete Zusammenhang zwischen seinem angeblichen früheren Besitze und dem gegenwärtigen Besitze nicht bestanden habe. Dieses Argument Sohms ist jedoch deshalb nicht durchgreifend, weil für die hier erörterte Frage lediglich der Fall, dass die Klage sich als begründet erweist, in Betracht kommt. Beim Obsiegen des Klägers führt das Anefangsverfahren aber in der That (sei es durch den Gewährszug, sei es dadurch, dass die Klagebehauptungen wegen des Misslingens der Vertheidigung für dargethan angesehen werden,) zur Feststellung des Ereignisses oder der Kette von Ereignissen, welche den Besitz des Klägers und den des Beklagten mit einander verbindet.

[25]) Gerichtsverfahren Bd. I. S. 701. 702. 710. 733 ff.

den Einwand des Beklagten, dass ihm ein Recht an der Sache zustehe, musste daher, dem allgemeinen Princip entsprechend, in der Art erfolgen, dass von dem durch die angebliche Selbsthülfe unterbrochenen Besitze des Klägers rückwärts gegangen und untersucht wurde, ob Beklagter in früherer Zeit die Gewahrsam der Sache auf unrechtmässige Art verloren habe. Das war aber nur unter der Voraussetzung möglich, dass, ebenso wie im Immobiliarprocesse, der Kläger zur Angabe und zum Nachweise seines Erwerbstitels, also zum Eintritt in die Beklagtenrolle genöthigt wurde. Der Beklagte hätte dagegen das Beweisrecht nur dadurch an sich reissen können, dass er die Unterbrechung seines ehemaligen Besitzes und die von ihm verübte Eigenmacht verschwieg und, direct auf seinen früheren Erwerbstitel zurückgreifend, die Einrede der eigenen Zucht vorbrachte. In diesem Falle würde er jedoch ein zu einem anderen Zwecke geschaffenes Vertheidigungsmittel missbräuchlich angewendet [26]) und eine Täuschung des Gerichtes versucht haben, gegen welche sich der Kläger seinerseits durch Stellung geeigneter Fragen oder durch den Antrag auf nähere Substantiirung der von dem Beklagten vorgebrachten Einrede hätte schützen können.

Die sogenannte „Einrede des Eigenthums“, welcher Bruns eine so grosse Bedeutung für die Gesammtauffassung der Anefangsklage beilegt, lässt sich hiernach, wie wir im Einverständnisse mit Planck annehmen, auch für den Fall der Selbsthülfe nicht nachweisen. Laband [27]) hat vielmehr — und hierin erblicken

[26]) „Eine vorübergehende, dem Rechte gemäss wieder ausgeglichene Unterbrechung durch eine Zeit, in welcher Beklagter das Gut verloren oder fremder Hand anvertraut hatte,“ dürfte jedoch, wie wir in Uebereinstimmung mit Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 702 Anm. 3 annehmen, die Behauptung des ununterbrochenen Besitzes nicht ausschliessen.

[27]) a. a. O. S. 120 ff. — Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 702 Anm. 4 erkennt zwar die Ansicht Laband's als richtig an; in seinen eigenen Ausführungen (S. 700 ff.) verwischt er jedoch das einfache und klare von Laband gewonnene Resultat von Neuem dadurch, dass er als Zweck der Vertheidigung des Beklagten den Nachweis der „Gewere“, des rechtmässigen Besitzes hinstellt. Nach der Ansicht Planck's verfolgt also auch die Einrede der eigenen Zucht in erster Linie den Zweck, einen Rechtsgrund für das Haben des Beklagten, ein Recht zu besitzen geltendzumachen. In Wahrheit kann nun aber gar kein Zweifel darüber obwalten, dass die Bezugnahme auf den Productionsact lediglich dazu dient, den Zeitpunct,

wir eines der werthvollsten Ergebnisse seiner Untersuchung — mit voller Sicherheit dargethan, dass die Berufung auf Inzucht und eigene Production in den sächsichen Quellen des späteren Mittelalters ihrem wahren Inhalte nach mit der Behauptung, die mit Anefang belegte Sache seit ihrer Entstehung ununterbrochen besessen zu haben, identisch ist. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich zunächst daraus, dass in einem Theile der sächsischen Rechtsaufzeichnungen die folgenden Formeln für die gedachte Einrede begegnen:

daz her daz pfert von yogunt uf geczogin habe und noch syn sye,

in welchem der Besitz des Beklagten begonnen hat, zu kennzeichnen. Die von Laband a. a. O. S. 122 ff. beigebrachten Quellenbeläge, welche diese Annahme unzweideutig bestätigen, werden sowohl von Planck, wie auch von Bruns bei Besprechung der Ausführungen Labands einfach übergangen. — Gleichzeitig mag noch hervorgehoben werden, dass der von Planck (a. a. O. Bd. 1. S. 424 ff. 502 ff. 695 ff. 700 ff.) aufgestellten Ansicht, das deutsche Recht habe nicht das Klagefundament, sondern die Vertheidigung des Beklagten in den Vordergrund gestellt, ganz erhebliche Bedenken entgegenstehen. Diese Annahme Planck's trifft höchstens für die Klage um Grundstücke zu, bei welcher die Klagesubstantiirung: *„dat N* (Beklagter) *under sic hebbe, dat he* (Kläger) *bilker hedde, wen he“* deshalb ausreicht, weil der Satz „Hand muss Hand wahren“ auf dem Gebiete des Immobiliarrechts keine Geltung hat. Bei der Mobiliarklage ist es dagegen für den Beklagten wesentlich zu wissen, ob Kläger freiwillige Hingabe der streitigen Sache oder unfreiwilligen Verlust derselben behaupten will. Es muss demgemäss m. E. als selbstverständlich angesehen werden, dass der wegen Herausgabe einer beweglichen Sache in Anspruch Genommene zum mindesten über diesen Punkt Auskunft begehren konnte, bevor er sich auf die gegen ihn erhobene Klage einliess. Eventuell würde die Zulassung eines so allgemein gehaltenen Angriffs lediglich eine processualische Eigenthümlichkeit des mittelalterlich-sächsischen Rechtes enthalten, welche zu materiellen Folgerungen nicht berechtigt. — Im Uebrigen verweisen wir auf unsere unten im dritten Abschnitte folgenden Ausführungen, aus welchen sich ergeben wird, dass auch diejenigen Einreden, welche der Klage auf Rückgabe anvertrauter Mobilien gegenüber Platz greifen, als motivirte Verneinungen des Klagefundaments aufzufassen sind. Im eminenten Sinne gilt das von dem hier erörterten Einwande der Selbsterzeugung, dessen Nachweis zu der Feststellung führt, dass Kläger die streitige Sache überhaupt nicht in seiner Gewahrsam gehabt hat. Für die rechtliche Beurtheilung dieses Vertheidigungsmittels ist es also gewiss gleichgültig, ob der Kläger seinen Angriff von vorneherein oder erst replicando näher substantiiren muss.

daz her daz wy tod und lebendige habe uff seyme myste geczogen.[28])

Derartige Stellen lassen mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit vermuthen, dass die in den übrigen Quellen vorgeschriebene kürzere Fassung:

he hebbet in sime stalle getogen[29])

[28]) Vergl. Magdeburg.-Breslau. Systemat. Schoeffenr. (Laband) III. 2 c. 96. Altes Kulmisch. Recht (Leman) III. 129. 130. Glogauer Rechtsb. c. 424. Goslar. Statuten S. 100 Z. 4 ff. Statuta Bremens. antiq. de a. 1303 c. 61 (Oelrichs, S. 101). Statuten von Verden c. 149 (Pufendorf, Append. tom. I. p. 125). Brünner Schöffenb. c. 99 Abs. 2; vergl. ferner auch Lübisch. Recht (Hach) Cod. II. c. 82.

[29]) Oder, wenn es sich um Arbeitsproducte handelt: *„he hebbet geworcht laten"*. — Vergl. Sachsensp. II. 36 § 3. Richtst. Landr. 17 § 2. Rechtsb. nach Distinct. IV, 9 dist. 4. Prager Rechtsbuch c. 185. Hamburger Statuten v. 1270. VII, 9 Abs. 3; v. 1292. H. VII; v. 1497. E. XI. Statuten v. Stade VII, 7. (Pufendorf, Append. I. p. 210. 211). Lübisch. Recht (Hach) Cod. III. c. 334. Blume von Magdeburg (Böhlau) I. c. 84. Deutschensp. c. 146. Schwabensp. (Gengler) c. 268 § 3. — Bruns hält auch in seinem neuesten Werke (Besitzklagen, S. 231 ff.) daran fest, dass die Fassung, in welcher unsere Einrede in dem Sachsenspiegel erscheint, die correcteste sei, und dass die übrigen oben citirten Formeln nur eine Erweiterung derselben durch werthlose Zusätze darstellen. Er übersieht jedoch, dass auch der Sachsenspiegel eine Hindeutung darauf enthält, dass es sich um die Behauptung dauernden Besitzes handele: der § 3 Sachsensp. II, 36 verlangt nemlich nicht den Nachweis, dass das mit Anefang belegte Thier bei dem Beklagten geboren, sondern dass es in dem Stalle desselben „gezogen", d. h. „aufgezogen" worden sei. Die von Bruns (a. a. O. S. 233) citirten nordischen Formeln (das streitige Thier habe „bei dem Beklagten Milch von Mutterbrust gesogen", der streitige Sclave habe „bei ihm in Windeln und Wiegen gelegen", er habe die streitigen Kleider oder Waffen „neu und ungenutzt gehabt" scheinen gerade für die von uns vertheidigte Ansicht zu sprechen. Alle diese Behauptungen legen nemlich das Schwergewicht nicht auf denjenigen Act, welcher ausschliesslich als originärer Eigenthumserwerbsgrund in Betracht kommen könnte, d. h. auf die Geburt oder Specification; sie beschränken sich vielmehr darauf, einen thunlichst frühen Zeitpunkt anzugeben, in welchem sich die intertiirte Sache in der Gewahrsam des Beklagten befunden haben soll. Dass der Besitz des Beklagten seitdem ununterbrochen fortbestanden habe, wurde augenscheinlich bloss deshalb nicht besonders hervorgehoben, weil die Veränderung eines Zustandes, dessen Beginn nachgewiesen ist, ohnehin nicht vermuthet wird. Dieser natürliche Rechtsgrundsatz dürfte gleichzeitig die von der Mehrzahl der südgermanischen

den gleichen Sinn habe. Weiter kommt in Betracht, dass in anderen Bestimmungen auch die Behauptung des Beklagten, er habe die Sache zwar nicht seit ihrer Entstehung, aber doch bereits vor dem Zeitpunkte, bis zu welchem sie nach der Angabe des Klägers in dessen Gewahrsam gewesen sein müsste, besessen, für erheblich erklärt und zum Beweise zugelassen wird. Vergl. z. B.:

Brünner Schöffenbuch (Rössler) c. 100 Item si arrestans ad arrestati seu judicis interrogationem de rata tanti vel tanti temporis coram judicio confessus fuerit, puta si dixerit, quod infra tres annos equum perdiderit, et arrestatus obliget se ad probandum, quod ante quatuordecim annos equum emerit et interim in sua potestate tenuerit, talis probatio est probationi arrestantis rationabiliter praeferenda.[30][30a])

Quellen überlieferte Fassung unserer Einrede, (insbesondere die Formel: „*he hebbet geworcht laten*") in einfachster Art erklären.

[30]) Vergl. ferner Gerichtsleufft zu Eisenach c. 24. Purgoldt's Rechtsbuch VII, 56 (Ortloff, Bd. II. S. 363. 220). Bamberger Stadtr. (Zoepfl) § 113. Wiener Stadtrecht bei Rauch, Scriptor. rer. Austriac. III. p. 170. 172. Ofener Stadtrecht (Michnay und Lichner) c. 340. Stadtrecht von Wiener-Neustadt (Winter) c. 41. — Dass der Anefangskläger verpflichtet war, auf Verlangen des Beklagten den Zeitpunkt des dieblichen Abhandenkommens der intertiirten Sache anzugeben, geht auch aus folgenden Stellen hervor: Augsburg. Stadtrecht c. 34 (Meyer, S. 99). Brünner Schoeffenb. c. 57 princ., sowie aus der bei Cropp a. a. O. S. 295 wiedergegebenen Bestimmung der Leges Wallicae (Lib. III. § 38. 39): et tunc diem vel noctem nominabit in ea septimana qua illud amisit, et septimanam in mense, et mensem in anni tempestate et ipsum denique annum.

[30a]) Eine interessante Bestätigung für die Ansicht Laband's und für die unsrige bietet die folgende Bestimmung der Assises de Jérusalem, Cour des Bourgeois, c. 233 (Beugnot, Historiens des croisades, Lois tom. II. p. 162), welche ich nachträglich auffinde: „Se il avient que aucuns hom soit emblée d'une soue beste, et il la trouve sur aucun home, et celuy sur qui elle est trovée, demande à celuy qui a la chose perdue: „Sire, quant perdistes vos ceste chose?" Et celuy respondy: „Je la perdis au Nouel ou à Pasques." Se celuy qui est saisi de la beste ou de l'aver peut puis mostrer par deus garens, qui fassent que garens qui li aient veu aver cele beste ou celui aver en sa saisine un més avant Pasque ou de Nouel, celuy qui demande la beste ou l'aveir, n'i deit puis aver nul dreit, ni ne la peut recouvrer, par droit. Mais ce celuy ne peut moustrer, qu'il eust avant le terme que celui dit, il det estre ataint de

Als characteristisch mag endlich noch hervorgehoben werden, dass in dem weiteren Fortgange dieser Stelle[31]) auch des Einwandes gedacht wird, das mit Anefang belegte Pferd sei ausweislich seiner Zähne so jung, dass es zur Zeit des von dem Kläger behaupteten Diebstahls noch gar nicht existirt haben könne. Nach alledem dürfte kaum ein Zweifel darüber möglich sein, dass es bei der Berufung auf eigene Production oder Inzucht lediglich auf die Feststellung des Anfangspunktes des beklagtischen Besitzes, nicht dagegen auf die Geltendmachung eines „originären Eigenthumserwerbsgrundes" ankam.

In den Quellen der fränkischen Periode wird die sogenannte Einrede des Eigenthums in folgenden Bestimmungen[32]) erwähnt. Zunächst theilt die Lex Baiuvariorum bei Aufzählung der Einwendungen, deren sich der Auctor des ursprünglichen Beklagten im Firmationsverfahren bedienen darf, zwei Formeln mit, welche sich auf den Erwerb durch Selbsterzeugung beziehen. So soll bei einem Rechtsstreite um „ornamenta" der angerufene Gewährsmann zur firmatio berechtigt sein, wenn er behaupten kann:

> quod mancipii mei aut fabri ex propria mea materia laboraverunt et fecerunt[33]),

während er, falls Sclaven (oder Thiere) den Streitgegenstand bilden, seinen Einwand dahin substantiiren muss:

> ego in propria domo enutrivi eum a proprio meo mancipio natum.[34])

celuy larrecin par dreit, et en det aver la paine tele con det aver larron ataint. Et autel raison deit estre de tous aveirs meubles qui sont emblés, car se celuy peut moustrer par deus garens, qu'il eust un mois avant que le terme, qu'il dist qu'il avet perdue, il n'i a puis nul dreit dou recouvrer".

[31]) Et similiter si arrestans dixerit, se equum ante decem annos perdidisse et arrestatus per facti evidentiam videlicet per dentes poledrales (qui vulgariter *fulczend* dicuntur) probaverit, equum non tanto tempore vixisse, arrestans equum perdet. Vergl. Laband a. a. O. S. 123.

[32]) Sohm, Process, S. 106 bezieht auch den Passus des c. 1 Capitul. II. zur Lex Salica (Behrend-Boretius p. 93): „debet . . . tres testimonia mittere qualiter pater ipsas invenisset" auf die Einrede des Eigenthums. Unsere Ansicht über die wahre Bedeutung dieser Stelle wird unten § 17 dargelegt werden.

[33]) Lex Baiuvar. XVI. c. 11.

[34]) Ibid. c. 14.

Nach dem angelsächsischen Rechte lautet der Eid, welchen der Beklagte zum Nachweise der hier erörterten Einrede abzuleisten hat, folgendermassen:

„Und wie ich das Gut habe, so stammt es aus meinem Vermögen und so ist es nach Volksrecht mein eigenes Gut und meine Gutszucht.“[35]).

In den übrigen Stellen der angelsächsischen Rechtsquellen, welche diese Beweisführung des Beklagten (das *„âgnian“*, die *„âgnung“*, nach der vetus versio: „appropriare“, „appropriatio“) erwähnen[36]), wird die Formulirung des von dem Beklagten zu erhärtenden Beweissatzes nicht mitgetheilt. Die langobardischen Formeln endlich bringen die Einrede der eigenen Zucht in folgender Fassung:

De meo iumento natus fuit caballus[37]),
Equum esse natum de suo iumento[37a]).

Die soeben angeführten Quellenstellen ergeben zwar keine directe Bestätigung der von Laband aufgestellten Ansicht über die wahre Bedeutung der hier erörterten Einrede, können aber andererseits auch nicht zur Widerlegung derselben verwerthet werden. Was speciell das altbairische Recht betrifft, so beziehen sich die Bestimmungen desselben, aus welchen die oben wiedergegebenen Formeln entnommen sind, nicht auf die Anefangsklage, sondern, wie unten im dritten Abschnitte dargethan werden soll, auf eine der Immobiliarklage nachgebildete schlichte Klage. Unserer Meinung nach ist nemlich die ursprünglich dem Rechtsstreite um Grundstücke eigenthümliche firmatio erst durch die c. 11—15 citt. des Tit. XVI. der Lex Baiuvariorum auf den Mobiliarprocess übertragen worden. Um die Durchführung des Firmationsver-

[35]) Eidesformel Nr. 3 bei Schmid a. a. O. Anhang X. (S. 406. 407).

[36]) Vergl. insbesondere die bekannte Bestimmung Aethelred's (II. c. 9. § 4 bei Schmid a. a. O. S. 212—213): *„âgnung bið nêr þâm þe haefð, þonne þâm þe aefter-sprecð* (propriatio propinquior semper est possidenti quam repetenti)“; ferner Edward's Ges. I, 1 § 3. 5. Cnut's Ges. II. 24 § 2. 3. Verordnung, die Dunseten betreffend, c. 8 (Schmid a. a. O. S. 110—113. 284—285. 362—363.)

[37]) Formel zu Edict Rothar c. 232 Abs. 3 (Monum. Germ. histor. leg. t. IV. p. 358). Vergl. ibid. Abs. 5: „quod suus proprius erat et de suo iumento natus fuit“.

[37a]) Formel zu Capitul. Otton. I. c. 7 (ibid. p. 578).

fahrens auf diesem neuen Gebiete zu ermöglichen, stellte nun der Gesetzgeber in den cc. 11 und 14 citt. eine Reihe von „originären" Eigenthumserwerbsgründen, d. h. von solchen Besitztiteln zusammen, welche nicht durch die provocatio ad auctorem, sondern von dem Behauptenden in eigener Person zu beweisen sind (Erbeutung, Specification, Schenkung confiscirten Guts, Erbschaft, Fruchterwerb). Bei diesen sollte fortan das „firmare" im Mobiliarprocesse in gleicher Weise zulässig sein, wie bei der Einrede des Erwerbs durch Erbschaft im Immobiliarprocesse. Die bereits von Merkel[38]) als auffällig bezeichnete Vollständigkeit, welche die Lex Baiuvariorum bei der Aufzählung der Gründe des Eigenthumserwerbs an Fahrhabe anstrebt, und welche sicherlich nicht ohne Zuhülfenahme römischer Quellen erreicht worden ist, erklärt sich also aus der Art der Entstehung der cc. 11—15 citt. Hiernach dürften aber die Schlüsse, welche Bruns und Andere aus der altbairischen Formulirung der Einrede der Selbsterzeugung ziehen, als äusserst gewagt anzusehen sein. Insbesondere erscheint es bedenklich anzunehmen, dass auf Verlangen des Klägers ausser dem Eigenthume an dem streitigen Sclaven, Thiere oder Arbeitsproducte auch noch das Eigenthum an der Mutter oder an der Materie habe nachgewiesen werden müssen[39]). Diese Auffassung wird zwar durch die Worte: „ex

[38]) Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. II. S. 117.

[39]) Bruns, Recht des Besitzes, S. 294 erklärt, dass, wenn es auf das Recht an der Mutter oder dem Stoffe nicht ankommen würde, das Recht an der Sache ein so loses und lockeres wäre, dass das Wort „Eigenthum" kaum darauf angewendet werden könnte. Sohm, Process, S. 105. 106 nimmt an, dass das Eigenthum an der Mutter oder an dem Stoffe privatrechtlich allerdings erheblich gewesen sei; im Processe habe sich Beklagter dagegen auf den Nachweis der Form seines Besitzerwerbes beschränken können. v. Bethmann-Hollweg (a. a. O. Bd. IV. S. 43) verlangt endlich geradezu den Beweis des Eigenthums an der Mutter und an dem Stoffe. — Hervorgehoben mag noch werden, dass, wie bereits Laband a. a. O. S. 121 dargethan hat, auch aus Richtst. Landr. 17 § 3 kein Argument für die Bruns'sche Ansicht entnommen werden kann. Dass der Anefangskläger nach dem sächsischen Rechte des späteren Mittelalters die Beweisführung des Anefangsbeklagten: „*dat he desse have sulven hebbe werken laten*" durch die Angabe abschneiden kann: *dat de wulle dar it af gewracht si eme verstolen were*", ist allerdings richtig. Diese Behauptung dient jedoch lediglich dem Zwecke, den Klagevortrag „näher dahin zu specialisiren, dass nicht das Gewand so wie es gegenwärtig ist, sondern die

propria mea materia", „a proprio meo mancipio", welche übrigens höchstwahrscheinlich auf römischen Einfluss zurückzuführen sind, nahegelegt. In Wahrheit könnte man aber mit gleichem Rechte aus den Worten: „mancipii mei", „in propria domo" schliessen, dass es auch auf das Eigenthum an dem specificirenden Sclaven oder an dem Stalle, in welchem die streitige Sache aufgezogen worden ist, ankomme. Derartige Wendungen, wie die soeben erwähnten, erklären sich in viel einfacherer Art, wenn man in Erwägung zieht, dass zahlreiche altgermanische Quellenbestimmungen einen concreten Fall im Auge haben und in Folge dessen neben ihrem juristisch erheblichen Inhalte auch unwesentliche Beimischungen aufweisen. So legen die Quellen bei der Formulirung der hier erörterten Einrede den dem regelmässigen Verlaufe der Dinge entsprechenden Thatbestand zu Grunde, bei welchem derjenige, in dessen Stall das streitige Thier geboren und auferzogen, oder auf dessen Anordnung eine Sache angefertigt worden ist, gleichzeitig (im weitesten Sinne) „Eigenthümer" der Mutter oder des Stoffes ist. Mehr ist z. B. in der von den langobardischen Formeln mitgetheilten Eidesnorm, „equum esse natum de suo iumento", zweifellos nicht enthalten. Wenn die Lex Baiuvariorum in den cc. 11 und 14 citt. die Worte „propria mea", „proprio meo" mit besonderer Betonung hervorhebt, so geschieht das lediglich zu dem Zwecke, um der Versicherung des von dem Beklagten angerufenen Auctors, dass der von dem Kläger erhobene Anspruch unbegründet, und Beklagter zum Behalten der Sache berechtigt sei, einen grösseren Nachdruck zu verleihen.[40]) Hiernach steht aber der Wortlaut der Lex Baiuvariorum der Annahme, dass die Einrede der Selbst-

Wolle, aus der es gewebt ist, gestohlen worden sei"; sie characterisirt sich also als eine Replik gegen den von dem Beklagten erhobenen Einwand der mangelnden Identität.

[40]) Für diese Annahme spricht weiter der Umstand, dass die altbairische firmatio, wie aus Lex Baiuvar. Appendix c. 4 (Monument. German. hist. leg. sect. I. tom. III. p. 337) hervorgeht, im eminenten Sinne ein actus solemnis war, bei welchem demgemäss auch verba solemnia erfordert wurden. Auch das bereits oben hervorgehobene: „in propria domo" in c. 14, sowie in c. 11 cit. die Betonung des Umstandes, dass die von dem Herzog vergabte Sache von demselben „per debita et iusta culpa" weggenommen worden sei, dienen lediglich zur feierlicheren Bekräftigung der von dem firmirenden Auctor abzugebenden Versicherung.

erzeugung in der fränkischen Periode den gleichen Inhalt gehabt habe, wie in späterer Zeit, keineswegs entgegen. Diese Ansicht, welche ohnehin die Präsumtion der Richtigkeit für sich hat, wird weiter auch dadurch unterstützt, dass sowohl die Worte des c. 14. cit. der Lex Baiuvar. l. c.: „in propria domo enutrivi", wie auch die der oben mitgetheilten angelsächsischen Eidesformel: „es ist meine Gutszucht" (*angels.*: „mîn in-fôster"; *vet. vers.*: „meum intus genitum et educatum) unverkennbar darauf hindeuten, dass der Beklagte behaupten will, den dauernden Besitz des intertiirten Sclaven oder Thieres gehabt zu haben. Die in den angelsächsischen Gesetzen begegnenden Bezeichnungen: „*âgnian*", „*âgnung*" endlich sollen, wie aus unzweideutigen Quellenstellen hervorgeht, lediglich den Gegensatz, in welchem die hier erörterte Einrede zu dem Gewährszuge[41]) steht, zum Ausdrucke bringen. Während der Beklagte, welcher auf seinen Vormann provocirt, die intertiirte Sache „an die dritte Hand bringt" und dieselbe zum mindesten nach dem ältesten Rechte unbedingt preisgiebt[42]), führt der Nachweis der Selbsterzeugung dazu, dass Beklagter die Sache behält, dass dieselbe ihm (im vulgären Sinne) als die „seinige" zuerkannt wird. In Rücksicht hierauf sprechen die oben angeführten angelsächsischen Bestimmungen von einem „Eigenthumsbeweise" des Anefangsbeklagten, eine Ausdrucksweise, aus welcher Bruns[43]) mit Unrecht ein Argument für die von ihm vertretene Auffassung des hier erörterten Vertheidigungsmittels herleitet.

Können wir hiernach als erwiesen ansehen, dass die Berufung auf Selbsterzeugung die Geltendmachung eines „selbstständigen" oder gar eines „absoluten" Rechts an der intertiirten Sache nicht in sich schliesst, so bleibt nur die Annahme übrig, dass dieselbe auf die Widerlegung des thatsächlichen Vorbringens des Klägers hinziele. In dieser Auffassung treffen wir aber mit Laband[44]) zusammen, welcher diejenigen im Anefangsverfahren

[41]) Vergl. die oben S. 167 Anm. 36 citirten Bestimmungen und Schmid a. a. O. S. 529 s. v. *âgnian* und S. 660 s. v. *teâm*. Das letztere Wort bezeichnet den Gewährszug.

[42]) Vergl. unten § 14.

[43]) Recht des Besitzes, S. 287 ff. 294 ff. 302 ff.

[44]) a. a. O. S. 119.

zulässigen Einreden, deren vorschriftsmässiger Nachweis die gänzliche Abweisung der Klage herbeiführt, als motivirte Verneinungen des Klagefundaments characterisirt, d. h. als positive Behauptungen, durch welche das Vorgeben des Klägers, die geanefangte Sache sei ihm wider Willen abhanden gekommen, als unmöglich der Wahrheit entsprechend dargethan werden soll. Für das sächsische Recht des späteren Mittelalters können wir dieser Ansicht Laband's ohne jede Einschränkung beipflichten. Was die Zeit der Volksrechte betrifft, so weichen wir insofern von ihm ab, als wir in Gemässheit unserer früheren Ausführungen annehmen, dass das Fundament der Anefangsklage in dieser Periode der Rechtsentwicklung ein engeres gewesen sei, und dass in Folge dessen nicht bloss die von Laband in § 17 seiner „Vermögensrechtlichen Klagen" behandelten, sondern sämmtliche im Anefangsverfahren begegnenden Einreden als motivirte Klageverneinungen aufzufassen sind. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich aus folgenden Erwägungen.

Bereits oben[45]) haben wir darauf hingewiesen, dass nach dem sächsischen Rechte des späteren Mittelalters auch diejenigen Einreden, bei deren Geltendmachung Beklagter lediglich von der Verpflichtung zur Zahlung von Busse und Gewette frei wird, die positive Widerlegung eines Bestandtheils des Klagevortrages (nemlich der Beschuldigung, dass Beklagter die Sache nicht auf ordnungsmässige und rechtschaffene Art erworben habe) bezwecken. Setzen wir nun als richtig voraus, dass der Anefang der Volksrechte statt jenes verschwommenen Vorwurfes die directe Diebstahlsbeschuldigung gegen den Besitzer der von dem Kläger in Anspruch genommenen Sache enthalten habe, so kann gerade bei den zuletzt erwähnten Einreden am allerwenigsten ein Zweifel darüber obwalten, dass dieselben zum Gegenbeweise gegen die in dieser Art substantiirte Klage geeignet sind. Aber auch bei den übrigen Einwendungen, auf welche der Anefangsbeklagte provociren kann, gilt das Gleiche; denn die Feststellung, dass die klägerische Behauptung des unfreiwilligen, speciell des dieblichen Verlustes der gestohlenen Sache unwahr sei, ist auch bei Zugrundelegung unserer Auffassung der Anefangsklage als einer Strafklage von Erheblichkeit. Gelingt es

[45]) S. 144.

dem Beklagten, darzuthun, dass an der in seinem Besitze befindlichen Sache ein Diebstahl überhaupt nicht begangen worden ist, so folgt hieraus mit Nothwendigkeit, dass auch die gegen ihn erhobene subjective Anschuldigung unbegründet sein muss. Abweichend von Laband betrachten wir also die Widerlegung der klägerischen Behauptung, dass die intertiirte Sache eine *düve* sei, nicht als Selbstzweck, d. h. als Gegenbeweis gegen die Thatsache, aus welcher der Kläger sein dingliches Rückforderungsrecht herleitet, sondern als Mittel zum Zwecke, d. h. als indirecten Gegenbeweis gegen die in dem Anefang liegende Diebstahlsbezichtigung. Das thatsächliche Vorbringen des Anefangsklägers lässt sich nemlich, wenn unsere Ansicht über das Fundament der Anefangsklage zutrifft, in folgende Bestandtheile zerlegen.[46]) Kläger behauptet:

1. Ich habe die in Deinem (des Beklagten) Besitze befindliche Sache, welche ich mit Anefang belegt habe, früher in meiner Gewahrsam gehabt.
2. Ich habe die Gewahrsam dieser Sache durch Diebstahl verloren.
3. Du bist der Dieb.

Diesem dreifachen[47]) Inhalte der Klage steht nun eine drei-

[46]) In ähnlicher Art hat bereits Laband a. a. O. S. 114 Anm. 13 (gegen Bruns, Recht des Besitzes, S. 313, welcher einen besonderen Beweis der Detention zur Zeit des Diebstahls für widersinnig erklärt) darauf hingewiesen, dass sich das Vorbringen des Anefangsklägers in die Behauptungen zerlegen lasse: „dass ihm dieses Pferd gestohlen sei" und „dass ihm dieses Pferd gestohlen sei". Nicht mit genügender Schärfe wird jedoch bei Laband hervorgehoben, dass die Quellen diese so eng mit einander zusammenhängenden Bestandtheile des Klagevortrages gerade zu dem Zwecke von einander trennen, um die verschiedenen Richtungen, welche die Vertheidigung des Beklagten einschlagen kann, kenntlich zu machen.

[47]) Möglich wäre es, viertens auch die Behauptung des Anefangsklägers, dass gerade er die intertiirte Sache früher in seiner Gewahrsam gehabt und durch Diebstahl verloren habe, als besonderen Bestandtheil des Klagevortrages zu behandeln. In diesem Falle würde sich als vierte Form der Vertheidigung des Beklagten der Einwand ergeben: „Diese Sache ist Dir nicht gestohlen worden." Eine derartige Einrede wird jedoch in den Quellen nicht erwähnt, einfach deshalb, weil Beklagter dieselbe nur durch den Nachweis, die intertiirte Sache einem Anderen gestohlen zu haben, bewahrheiten könnte. Beschränkt sich Beklagter nemlich darauf, die Activlegitimation des Klägers zu bestreiten, so giebt er damit stillschweigend das Zugeständniss

fache Art der Vertheidigung gegenüber. Beklagter kann zunächst die Behauptungen des Klägers ad 1) und 2) als richtig zugeben und seine Beweisführung lediglich gegen die Behauptung ad 3) richten, d. h. seine subjective Unschuld an dem mit der Klage gerügten Diebstahl darthun. Er ist aber auch befugt und wird, da von ihm ein positiver Gegenbeweis gegen den Klagevortrag verlangt wird, unter Umständen sogar genöthigt sein, auf andere Art vorzugehen. Die oben ausgeworfenen Behauptungen, aus denen sich das Vorbringen des Anefangsklägers zusammensetzt, stehen nemlich in dem Verhältnisse zu einander, dass jede von ihnen gleichzeitig die Voraussetzung für die folgende bildet. Beklagter wird daher den Vorwurf, die mit Anefang belegte Sache gestohlen zu haben, auch dadurch widerlegen können,

ab, den Besitz der Sache durch Diebstahl erlangt zu haben. Es war nun aber ein anerkanntes Recht des Richters, gestohlene Sachen, welche in der Gewahrsam des Diebes vorgefunden wurden, an sich zu nehmen und für den Berechtigten aufzubewahren. (Vergl. hierüber z. B. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 700. 736. 737.) Diese Befugniss, deren Ausübung einen Antrag des Bestohlenen nicht voraussetzte, musste jedenfalls auch dann Platz greifen, wenn Letzterer bereits klagbar geworden war. Sobald Beklagter seine Schuld an dem Diebstahl ausdrücklich oder stillschweigend zugestand, war es daher nicht mehr seine Sache, sondern die des Richters, die Activlegitimation des Anefangsklägers zu prüfen. Hieraus erklärt es sich, dass die Quellen eine Einrede des Anefangsbeklagten, welche darauf hinzielt, den Anefangenden als „unrechten Kläger" hinzustellen, nicht kennen, sondern es dem Letzteren überlassen, entweder durch den aus dem Voreide des ältesten Rechtes hervorgegangenen „Sicherungseid" (vergl. oben S. 133 ff.) oder durch Zeugenbeweis seine Legitimation zur Sache darzuthun. Diese Beweisführung steht, wie sich weiter unten ergeben wird, juristisch völlig auf der gleichen Stufe, wie das „sich ziehen" zu der Sache, welches ausserhalb der eigentlichen streitigen Gerichtsbarkeit begegnet. Durch die vorstehenden Bemerkungen soll übrigens, wie noch ausdrücklich hervorgehoben werden mag, die Möglichkeit keineswegs ausgeschlossen werden, dass der Anefangsbeklagte auch dann, wenn er in der Lage war, seinen Besitz zu legitimiren, zunächst den Versuch machen durfte, wegen mangelnder Activlegitimation die Antwort zu wehren. Wir pflichten den diesbezüglichen Ausführungen Planck's (Gerichtsverfahren, Bd. I S. 393 ff.) vollkommen bei. Nur verschaffte unserer Meinung nach ein derartiger Einwand dem Beklagten nicht das Beweisrecht: seine Wirkung bestand vielmehr lediglich darin, dass der Kläger zur näheren Substantiirung seines Vortrages nach der angedeuteten Richtung hin veranlasst wurde. Diese Vorverhandlung konnte dann ergeben, dass dem Kläger in der That die Activlegitimation fehle, und zur Abweisung der Klage ohne vorgängige Beweisaufnahme führen.

dass er darthut, dass entweder schon die erste oder wenigstens die zweite Behauptung des Anefangsklägers unrichtig sei. Der Behauptung ad 1) gegenüber müsste Beklagter nun Beweis dafür antreten, dass Kläger die intertiirte Sache überhaupt nicht, insbesondere nicht zur Zeit der Begehung des in der Klage gerügten Diebstahls, in seiner Gewahrsam gehabt habe. Diese Art der Vertheidigung wird jedoch regelmässig nicht darauf hinzielen, die Klage als eine völlig aus der Luft gegriffene zu characterisiren; Beklagter wird vielmehr im Gegentheil als richtig unterstellen, dass Kläger eine ähnliche Sache, wie die mit Anefang belegte, in seiner Gewahrsam gehabt habe, und lediglich einwenden, dass beide nicht mit einander identisch seien. Das ist, wie Laband[48]) in völlig überzeugender Weise dargethan hat, der wahre Sinn der sogenannten „Einrede des Eigenthums". Wie die Behauptung des Klägers, dass die Sache sein sei, auf die Feststellung der Identität der geanefangten Sache mit der dem Kläger abhandengekommenen hinzielt[49]), so will die gleiche Behauptung des Beklagten den Mangel dieser Identität rügen und durch den Nachweis des ununterbrochenen Besitzes beglaubigen. — Kann endlich Beklagter nicht in Abrede stellen, dass Kläger die im Streite befangene Sache früher in seinem Besitze gehabt habe, so bleibt ihm noch die Möglichkeit übrig, seine Vertheidigung gegen das Vorgeben des Klägers, dieselbe durch Diebstahl verloren zu haben, also gegen die Behauptung ad 3) zu richten. Zu diesem Zwecke wird er den Nachweis zu führen haben, dass der von dem Kläger behauptete objective Thatbestand eines an der intertiirten Sache begangenen Diebstahls in Wahrheit nicht vorliege. Hierher gehört insbesondere die Einrede, die mit Anefang belegte Sache von dem Kläger durch Rechtsgeschäft, z. B. durch Kauf, Schenkung, datio in solutum erworben zu haben. Das Beweisrecht für diesen Einwand, welcher nur in den Quellen des späteren Mittelalters erwähnt wird[50]), steht dem

[48]) a. a. O. S. 120 ff.

[49]) Vgl. Laband a. a. O. S. 112 ff. und unten § 19.

[50]) Sachsensp. III, 4 § 1. Richst. Landr. 13 § 1. Glogauer Rechtsb. c. 162. 425. Vergl. Laband a. a. O. S. 120 und weiter die bei Franken a. a. O. S. 276 (Anhang Nr. 6) mitgetheilte Stelle der Livres de Jostice XIX, 35 § 2, nach welcher der Beweis für diese Einrede durch

Beklagten zu, welcher denselben unter Zuziehung von Zeugen beschwört. Bei der Berufung auf derivativen Erwerb von einem Dritten gelangt dagegen, falls der angerufene Autor seine Verpflichtung zur Uebernahme der Gewährschaft in Abrede stellt nach der Mehrzahl der Quellen der Letztere und nicht der Beklagte zum Beweise.[51]) Diese verschiedene Behandlung zweier Einreden oder Gruppen von Einreden, welche sich auf die gleiche Erwerbsart beziehen, erklärt sich bei Zugrundelegung unserer Ansicht auf einfache Art. Erbringt Beklagter den Nachweis, dass der Kläger die intertiirte Sache entweder freiwillig aus seiner Gewahrsam gelassen oder zwar wider seinen Willen, jedoch nicht durch Diebstahl, verloren hat, so wird die durch den Anefang erhobene strafrechtliche Anschuldigung ohne Weiteres hinfällig. Im Gegensatze hierzu führt die Feststellung, dass die Sache inzwischen in der Hand eines Dritten gewesen ist, lediglich zur persönlichen Exculpirung des ursprünglichen Beklagten, während die Möglichkeit, dass der von dem Kläger behauptete Diebstahl von einem der Vorbesitzer des Beklagten begangen worden sei, bestehen bleibt.

Hiernach gelangen wir zu einer Klassificirung der im Anefangsverfahren begegnenden Einreden, bei welcher abweichend von dem bisher beliebten Eintheilungsmodus nicht die Verschiedenheit des Erfolges, sondern die des Inhalts der Vertheidigung des Beklagten zu Grunde gelegt wird. Die relevanten Behauptungen des Letzteren lassen sich nemlich auf folgende drei Formeln[52]) zurückführen, welche den oben hervorgehobenen

Zweikampf zu erbringen ist. Wie wenig Planck den begrifflichen Unterschied, welcher zwischen der Behauptung des Erwerbes von einem Dritten und der Behauptung des Erwerbes vom Kläger besteht, gewürdigt hat, geht daraus hervor, dass er (Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 544. 713. 716) die letztgedachte Einrede bei Besprechung des Gewährszuges behandelt und die Eigenthümlichkeit derselben lediglich darin erblickt, „dass Beklagter den Kläger als seinen Geweren benennt." Diese Auffassung, welche übrigens auch mit dem Wortlaute von Sachsensp. III, 4 § 1 und Richtst. Landr. 13 § 1 und 2 in Widerspruch steht, wird in der Glosse zu der citirten Sachsenspiegelstelle ausdrücklich als unrichtig bezeichnet.

[51]) Vergl. unten § 12.

[52]) Ueber den Einwand der mangelnden Activlegitimation des Anefangsklägers nach der Formel: „Diese Sache ist Dir nicht gestohlen worden" vergl. oben S. 172 Anm. 47.

drei Bestandtheilen des Klagevortrages entsprechen. Beklagter kann geltendmachen:

1. **Diese** Sache ist Dir nicht gestohlen worden. (Einwand der mangelnden Identität.)
2. Diese Sache ist Dir nicht **gestohlen** worden. (Einwand des mangelnden objectiven Thatbestandes eines an der Sache begangenen Diebstahls.)
3. **Ich** habe Dir diese Sache nicht gestohlen. (Einwand der subjectiven Unschuld.)

Es liegt nun nicht in unserer Absicht, an dieser Stelle in eine zusammenhängende Erörterung der dem Anefangsbeklagten zur Verfügung stehenden Vertheidigungsmittel einzutreten. Auf diejenigen Einreden, welchen ein principielles Interesse für die Gesammtauffassung der Anefangsklage zuerkannt werden muss, werden wir im weiteren Verlaufe unserer Untersuchung bei anderer Gelegenheit näher eingehen. Hier begnügen wir uns damit, die einzelnen Einwendungen des Beklagten nach dem soeben gewonnenen Eintheilungsprincip zu gruppiren und gleichzeitig in den Anmerkungen auf diejenigen Stellen in den Werken Sohm's, Laband's und Planck's, sowie in unserer eigenen Abhandlung zu verweisen, an welchen dieselben besprochen werden. Ausdrücklich soll noch hervorgehoben werden, dass das Vorkommen anderer neben den in den Quellen erwähnten Einreden (welche letzteren in dem nachstehenden Verzeichniss ziemlich vollständig wiedergegeben sein dürften), begrifflich keineswegs ausgeschlossen, vielmehr im Gegentheil wahrscheinlich ist.

I. Einreden der mangelnden Identität.

1. Ich habe die von Dir mit Anefang belegte Sache in ununterbrochenem Besitze gehabt:
 a) seit ihrer Entstehung[53]),

[53]) Sohm, Process, S. 105 ff. Laband a. a. O. S. 120 ff. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 701 ff. 711 und oben S. 162 ff. Der Beweis für diese Einrede wird nach der Mehrzahl der oben citirten Quellenstellen mit Zeugen, nach einzelnen derselben, insbesondere nach den Bestimmungen der angelsächsischen Gesetze, mit Eideshelfern oder durch Gottesurtheil erbracht. Vergl. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 44. Als bemerkenswerth mag noch hervorgehoben werden, dass die Zeugen, mit welchen Beklagter die Einrede der eigenen Zucht beschwört, nach den sächsischen Quellen des späteren Mittelalters zu seinen *„geburen"*, seinen *„nackeburen"*

b) seit einem früheren Zeitpunkte als demjenigen, in welchem sie Dir Deiner Angabe nach abhandengekommen ist.[54])

2. Diese Sache ist erst nach dem Zeitpunkte entstanden, in welchem Deiner Behauptung nach ein Diebstahl an ihr verübt worden ist.[55])

3. Du verwechselst diese Sache mit einer ihr ähnlichen, welche Du von der gleichen Person erworben hast, von der die meinige herrührt.[56])

II. Einreden des mangelnden objectiven Thatbestandes eines an der Sache begangenen Diebstahls.

1. Du hast mir diese Sache freiwillig übergeben:
 a) behufs Eigenthumsübertragung (Kauf, Schenkung etc.)[57]),
 b) unter der Verpflichtung zur Rückgabe (Leihe, Depositum etc.)[58])

2. Ich habe Dir diese Sache zwar wider Deinen Willen weggenommen, aber nicht dieblich, sondern
 a) irrthümlich[59]),
 b) durch rechtmässige Gewalt, z. B. in einer mit Dir geführten rechten Fehde[60]), durch erlaubte Selbsthülfe[61]), oder durch Pfändung[62]).

gehören müssen. Unserer Meinung nach liegt in diesem Erfordernisse ein weiteres Argument dafür, dass es sich bei dem gedachten Einwande um den Nachweis dauernden Besitzes seit der Zeit der Entstehung der Sache handele. Vergl. auch Planck a. a. O. Bd. II. S. 66.

[54]) Laband a. a. O. S. 122 und oben S. 165.

[55]) Laband a. a. O. S. 123 und oben S. 166.

[56]) Laband a. a. O. S. 114 und oben S. 160. Diese Einrede darf der Beklagte deshalb durch Eineid bewahrheiten, weil seine ursprüngliche Behauptung, die Sache durch Rechtsgeschäft erworben zu haben, nur in Betreff der Frage der Identität bestritten, im Uebrigen aber zugestanden worden ist.

[57]) Laband a. a. O. S. 120. Planck a. a. O. Bd. I. S. 713 ff. und oben S. 174, insbes. Anm. 50.

[58]) Sohm a. a. O. S. 98 ff. Laband a. a. O. S. 95. Planck a. a. O. Bd. I. S. 714 ff. und unten § 12. 14.

[59]) Laband a. a. O. S. 96 und unten § 19.

[60]) Laband a. a. O. S. 77. Planck a. a. O. Bd. I. S. 703. 711 und unten § 16.

[61]) Vergl. oben S. 156 ff.

[62]) Vergl. unten § 19.

III. Einreden der subjectiven Unschuld.

1. Ich habe den Besitz dieser Sache von einem Dritten (insbesondere durch Rechtsgeschäft) überkommen und zwar:
 a) von einem bekannten Dritten[63]),
 b) von einem unbekannten Dritten.[64])
2. Ich habe diese Sache ererbt.[65])
3. Ich habe diese Sache im Kriege oder in einer mit einem Dritten geführten Fehde erbeutet.[66])
4. Diese Sache ist ohne mein Wissen in meine Gewahrsam gekommen.[67])

Dahingestellt muss es bleiben, ob die Behauptung, die mit Anefang belegte Sache als gefundenes, Dieben oder Räubern abgejagtes, zugelaufenes oder zugeschwemmtes Gut an sich genommen zu haben[68]), zu der zweiten oder zu der dritten Klasse von Einreden zu zählen ist. Unserer Meinung nach hängt es von den Umständen des concreten Falles ab, ob dieselbe nur zu dem Nachweise der subjectiven Unschuld des Beklagten oder auch zur Widerlegung des klägerischen Vorgebens, die Sache durch Diebstahl verloren zu haben, führt. Die Behauptung, die Sache dem Diebe oder Räuber abgejagt zu haben, dürfte jedoch stets in dem ersteren Sinne aufzufassen sein.

63) Sohm a. a. O. S. 107 ff. Laband a. a. O. S. 98 ff. 124 ff. Planck a. a. O. Bd. I. S. 402 ff. 705. 714 ff. 831 ff. und unten § 10—12. 14.

64) Sohm a. a. O. S. 93 ff. Laband a. a. O. S. 97. Planck a. a. O. Bd. I. S. 705. 830 und unten § 15.

65) Sohm a. a. O. S. 94. 113 ff. Laband a. a. O. S. 98. Planck a. a. O. Bd. I. S. 703 ff. 712 ff. und unten § 17.

66) Laband a. a. O. S. 76. Planck a. a. O. Bd. I. S. 703. 711 und unten § 16.

67) Vergl. oben S. 117 ff.

68) Laband a. a. O. S. 96. Planck a. a. O. Bd. I S. 700. 736 ff. und unten § 19.

§ 10.

Der Gewährszug.

I. Der strafprocessualische Character des Gewährszuges.

Unter den soeben aufgeführten Einreden, welche dem Besitzer der mit Anefang belegten Sache zur Verfügung stehen, verdient die Behauptung, die intertiirte Sache von einem Dritten durch Rechtsgeschäft erworben zu haben, einer eingehenderen Erörterung unterzogen zu werden. Ist jener Dritte nemlich dem Anefangsbeklagten bekannt — und dieser Fall wird in den Quellen als der regelmässige vorausgesetzt —, so muss Letzterer, um die Wahrheit seines Vorbringens darzuthun, eine processualische Verpflichtung erfüllen, welche sowohl ihrem Inhalte, wie ihren Wirkungen nach von der eigentlichen Beweispflicht verschieden ist: er muss denjenigen, von welchem er erworben zu haben behauptet, vor Gericht gestellen. Genügt Beklagter dieser Anforderung, so ist, wenn anders sein Einwand als erwiesen angesehen werden soll, weiter erforderlich, dass der Auctor entweder freiwillig zugestehe oder im Falle seines Leugnens überführt werde, den Besitz der intertiirten Sache auf den Anefangsbeklagten übertragen zu haben. Wird dem Beklagten Bruch an dem Gewähren, sei es dadurch, dass er den von ihm benannten Dritten überhaupt nicht gestellen kann, oder dass derselbe die Uebernahme der Gewährschaft mit Erfolg ablehnt, so gilt er dem Kläger gegenüber als beweis- resp. sachfällig. Ist dagegen auf die angegebene Art dargethan, dass Beklagter die intertiirte Sache in Wahrheit durch das von ihm behauptete Rechtsgeschäft erlangt hat, so wird das Anefangsverfahren weiter fortgesetzt; der vorgebrachte Auctor tritt an Stelle des ursprünglichen Anefangsbeklagten in den Process ein und muss sich nach den gleichen Grundsätzen, wie dieser, vertheidigen.

Diese Bemerkungen, welche den Gewährszug in seinen Grundzügen characterisiren, und welche wir unten[1]) durch eine ausführliche Besprechung der diesbezüglichen Quellenbestimmungen ergänzen werden, mögen vorläufig genügen. Hier soll zunächst der Versuch gemacht werden, das Princip, welches diesem eigenthümlichen Rechtsinstitute zu Grunde liegt, festzustellen.

[1]) § 12.

Fragen wir nach den Gründen, welche das germanische Recht veranlasst haben, der Einrede des Erwerbes von einem bekannten Dritten eine von den allgemeinen Regeln abweichende Behandlung angedeihen zu lassen, so muss von vorneherein als unzweifelhaft angesehen werden, dass dieselben nicht lediglich formaler Natur gewesen sein können. Vom processrechtlichen Standpunkte aus betrachtet, ist es nemlich absolut unerfindlich, welcher Umstand daran gehindert haben sollte, auch diesen Einwand des Beklagten durch die gewöhnlichen Beweismittel darthun zu lassen. Setzen uns doch die Quellen sogar in die Lage, mit positiver Bestimmtheit zu behaupten, dass eine derartige Beweisführung sehr wohl möglich gewesen wäre, und dass man sich dessen auch bewusst war. So darf der Anefangsbeklagte, wenn der von ihm benannte Auctor trotz ergangener Vorladung in dem gerichtlichen Termine ausbleibt, den von ihm geltendgemachten Erwerb durch Rechtsgeschäft nach salischem Rechte[2]) mit 3 Zeugen, nach ribuarischem Rechte[3]) selbsiebent, nach westgothischem[4]) und bairischem[5]) Rechte „aut sacramento aut testibus", resp. „cum sacramento et testibus" beweisen.[6]) Weiter kann der Beklagte, wenn er von von vorneherein erklärt, dass ihm sein Gewähre unbekannt sei, dieselbe Behauptung, welche sonst den Gewährszug herbeiführt, nach den zahlreichen diesen Fall behandelnden Quellenvorschriften durch Eineid, Eid mit Eideshelfern oder durch Zeugen erhärten.[7])

[2]) Lex Salic. 47 § 2.

[3]) Lex Ribuar. 33 c. 2.

[4]) Lex Visigoth. VII. 2, 8.

[5]) Lex Baiuvar. IX, 7.

[6]) Nach einigen Vorschriften der angelsächsischen Gesetze griff der Gewährszug sogar nur dann Platz, wenn der Anefangsbeklagte vorher Zeugniss über seinen redlichen Erwerb erbracht hatte. War Beklagter nicht im Stande, diese Verpflichtung zu erfüllen, so konnte der Kläger ohne Weiteres Herausgabe der Sache und Bestrafung ihres Besitzers verlangen. Vergl. z. B. Cnut's Ges. II. c. 23. 24. § 1. Wilhelm's Ges. c. 45 (Schmid a. a. O. S. 282—285. 348—349). — Ueber diese Anordnung, welche jedoch keineswegs, wie Schmid a. a. O. S. 661 s. v. *teâm* nr. 2. 6 anzunehmen scheint, auf altem angelsächsischen Gewohnheitsrechte ruht, sondern eine von genannten Königen getroffene Neuerung enthält, wird unten § 15 Näheres mitgetheilt werden.

[7]) Das Nähere über die Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten vergl. unten § 15.

Hieraus ergiebt sich mit voller Sicherheit, dass der Gewährszug nicht dazu bestimmt sein kann, eine Lücke des formellen Beweisrechts auszufüllen, dass vielmehr die Verpflichtung des Anefangsbeklagten, seinen Vormann zu gestellen, und die des Letzteren, in den Process einzutreten, einen anderen Grund haben muss.

Am nächsten scheint es zu liegen, das hier erörterte Institut durch civilrechtliche Erwägungen zu erklären. Thatsächlich haben denn auch Bruns[8]) und Sohm[9]) in den den Gewährszug betreffenden Bestimmungen der Volksrechte eine Bestätigung für ihre Ansicht gefunden, dass der Anefangsbeklagte sich gegen den Anspruch auf Herausgabe der Sache durch Erhebung der Contravindication vertheidigen müsse. Nach Bruns gehört die „Uebertragung vom Eigenthümer" nicht zu den „selbstständigen Vindicationsgründen", und kann daher nicht, wie diese, „durch einen Eid mit Eideshelfern dargethan werden"; vielmehr muss derjenige, welcher diesen Einwand geltend macht, „seinen Auctor zu seiner Vertheidigung herbeiholen, welcher dann aus seiner eigenen Person einen selbstständigen Vindicationsgrund beweisen muss." Ebenso nimmt Sohm an, dass „der derivative Titel" garnicht zum Beweise komme, weil die Vertheidigung des Beklagten auf den Nachweis des Eigenthums durch Feststellung eines originären Titels gerichtet sei; es müsse daher der Auctor vorgebracht werden, damit dieser anstatt des Beklagten rechtmässigen einseitigen Eigenthumserwerb darthue. Da die Voraussetzungen, welche dieser Construction des Gewährszuges zu Grunde liegen, wie oben[10]) nachgewiesen wurde, unrichtig sind, fällt auch die letztere in sich zusammen. Indessen könnte vielleicht daran gedacht werden, die Bruns-Sohm'sche Ansicht wenigstens in modificirter Gestalt aufrechtzuerhalten. Nimmt man nemlich mit Laband[11]) an, dass der Anefangsbeklagte von der Verpflichtung zur Herausgabe der Sache nur dann frei wird, wenn er die Behauptung des Klägers, die intertiirte Sache sei früher in seinem Besitze gewesen und ihm durch Diebstahl entzogen worden, widerlegt, so wäre es möglich, dass die Gestellung des Auctors den Zweck hat, dass dieser den Gegenbeweis gegen jene das Klagefundament bildende

[8]) Recht des Besitzes, S. 291.

[9]) Process, S. 104 ff.

[10]) S. 155 ff.

[11]) Vermögensrechtl. Klagen, S. 118 ff.

Thatsache führe. Denn dass die Einrede des Erwerbes durch Rechtsgeschäft lediglich zur subjectiven Reinigung des Beklagten von der Diebstahlsbeschuldigung dient, im Uebrigen aber den Klagevortrag unberührt lässt, ist ja unzweifelhaft und bereits oben[11a]) hervorgehoben worden. Eine scheinbare Unterstützung findet die soeben ausgesprochene Vermuthung in einigen Quellenaussprüchen aus der Zeit des späteren Mittelalters, insbesondere in Sachsensp. II, 36 § 6, wo angeordnet wird, dass der Gewährszug solange fortgehen solle:

went man kome uppe den, de't in sime stalle getogen hebbe of it ve is, oder it selve getiücht hebbe of it gewand is.

Obgleich hier das Schwergewicht auf der Anordnung liegt, dass der Gewährszug nicht auf eine bestimmte Anzahl von Vormännern beschränkt sein soll[12]), enthält die Stelle auf der anderen Seite doch auch eine Hindeutung auf das Ziel, welches die Vertheidigung des Beklagten verfolgt. Dementsprechend nimmt Planck[13]) an, dass das Ziehen auf den Gewähren, wenn es auf der Behauptung von Kauf, Schenkung oder eines anderen Eigenthumserwerbsgrundes beruht, ein Mittel sei, um dem Beklagten mit Hülfe des Gewähren das Behalten des Gutes zu sichern. Bei Laband[14]) erscheint die Berufung auf den Auctor zwar ihrer Stellung im System nach als eine mittelbar auf Widerlegung des Klagefundaments und also gegen den Anspruch auf Herausgabe der Sache gerichtete Einrede; Laband hat es aber, wohl in richtiger Würdigung der schwerwiegenden dieser Ansicht entgegenstehenden Bedenken, welche er selbst mit voller Schärfe hervorhebt, vermieden, dieselbe mit ausdrücklichen Worten auszusprechen. Es kann denn auch gar kein Zweifel darüber obwalten, dass die obige Auffassung des Gewährszuges, obgleich ihr für das Recht des späteren Mittelalters eine gewisse

[11a]) S. 173 ff.

[12]) Das Nähere hierüber, sowie die Parallelstellen vergl. unten im zweiten Abschnitte.

[13]) Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 404. 705. 713 ff. 831 ff.

[14]) Laband behandelt den Gewährszug an zwei verschiedenen Stellen seines Werkes: S. 98 ff. als eines von jenen Vertheidigungsmitteln, welche gegen den Anspruch auf Busse und Gewette gerichtet sind, S. 124 ff. unter den zur Abweisung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache führenden Einreden. Der letztgedachte Abschnitt ist derjenige, auf welchen im Text Bezug genommen wird. Vergl. übrigens unten § 14 am Schlusse.

Berechtigung zuerkannt werden muss, zur Erklärung dieses Rechtsinstituts nicht ausreicht. Einerseits fehlt nemlich bei ihr jede Motivirung dafür, dass der Anefangsbeklagte stets zur Gestellung des Gewähren verpflichtet ist und selbst bei Verzichtleistung auf die Sache nicht dazu gelangt, sich durch die gewöhnlichen Beweismittel von der Diebstahlsbeschuldigung zu reinigen. Und weiter liegt es auf der Hand, dass bei Zugrundelegung dieser Annahme nur der Inhalt der Vertheidigung des Beklagten, insbesondere der Umstand, dass derselbe ausser seinem Besitztitel auch diejenigen seiner Vormänner nachzuweisen hat, erklärt wird. Aus welchem Grunde diese probatio diabolica in der Form des Gewährszuges zu erbringen ist, erhellt dagegen nicht, da Beklagter an sich ebensowenig wie bei der Legitimation seines eigenen Besitzes, so auch bei der Feststellung der früheren Uebertragungsacte, beziehungsweise des „originären" Erwerbsgrundes gehindert wäre, sich der gewöhnlichen Beweismittel zu bedienen.[15]) Dementsprechend muss auch Sohm[16]) trotz seiner oben wiedergegebenen abweichenden Auffassung anerkennen, dass der tiefere Grund für die Behandlung, welche das germanische Recht dem derivativen Titel angedeihen lässt, in der doppelten Richtung der „Vindication" auf Sache und Busse liege: der Kläger nehme von dem abgeleitet Besitzenden nicht bloss die Restitution der Sache, sondern auch die Stellung des Diebes in Anspruch. Unserer Meinung nach hat Sohm hier nicht bloss den tieferen, sondern den einzigen Grund, auf welchem die in dem Gewährszuge liegende Eigenthümlichkeit des germanischen Rechts beruht, ausgesprochen. Durch den Einwand des Beklagten, die unter ihm mit Anefang belegte Sache durch Rechtsgeschäft erworben zu haben, wird nemlich die Möglichkeit, dass ein Dritter den mit der Klage gerügten Diebstahl begangen habe, nicht bloss nicht ausgeschlossen, sondern bei der präsumtiven Glaubwürdigkeit der den objectiven Thatbestand betreffenden Angaben des Klägers sogar wahrscheinlich gemacht. Den Dieb in der Person eines der Vormänner des gegenwärtigen Besitzers zu ermitteln, ist

[15]) Auch in den Ausführungen Planck's, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 544 ff. 714 ff. tritt die Auffassung zu Tage, dass ein processualischer Grund, den Beklagten von dem Nachweise der Besitztitel seiner Rechtsvorgänger auszuschliessen, nicht vorliege.

[16]) Process, S. 112.

nun, wie bereits an anderer Stelle[17]) hervorgehoben wurde, der wahre Zweck des Gewährszuges. Dieses Institut dient also nicht, wie bei der soeben besprochenen sachenrechtlichen oder civilprocessualischen Auffassung angenommen werden müsste, dem Interesse des Beklagten, sondern gerade im Gegentheil dem des Klägers, welchem durch den für die Vertheidigung bestehenden Zwang zur Gestellung des Auctors die Möglichkeit gewährt werden soll, von dem ihm unbekannten Diebe Sühne für den von demselben begangenen Friedensbruch zu erlangen. Dass das Zurückgehen auf die Vormänner unter Umständen (falls nemlich der letzte Währmann in der Lage ist, die klägerische Behauptung der Identität und des dieblichen Verlustes der Sache zu widerlegen) dem Kläger zum Nachtheil gereichen kann, ist dagegen in älterer Zeit für die principielle Würdigung unseres Rechtsinstitutes durchaus irrelevant.

Die Richtigkeit dieser strafprocessualischen Auffassung des Gewährszuges wird durch unzweideutige Quellenzeugnisse bestätigt. So bestimmt zunächst das ribuarische Recht[18]), dass die Sache (der homo intertiatus) bei dem Gewährszuge solange:

> de manu in manu ambulare debit, usque dum ad ea manu venit, qui eum inlicito ordine vindedit[19]) vel furaverit.

Die hier zu Tage tretende Abweichung von der oben mitgetheilten Vorschrift des Sachsenspiegels ist im höchsten Grade characteristisch; schon hier mag aber hervorgehoben werden, dass sich jene ältere Auffassung des Gewährszuges auch noch in einem Theile der späteren Quellen erhalten hat, insbesondere in dem Schwabenspiegel, in welchem ebenso, wie in der Lex Ribuaria, als Zweck des Gewährszuges die Ermittelung des Diebes angegeben wird.

> Schwabensp. (Gengler) c. 268 § 7. Ez geschit ofte, daz diubic oder roubic gut funden wirt in eines andern mannes gewalt, und der schiubet ez uf einen andern; und als dike wirt ez geschoben, unz ez kumet

[17]) Vergl. oben S. 68 ff.

[18]) Lex Ribuar. 72 c. 1.

[19]) Das: „inlicito ordine vindedit“ bezieht sich wahrscheinlich auf den in Lex Ribuar. 58 c. 8 behandelten Fall. Vergl. unten § 19.

an den, der ez da verstolen hat oder geroubet. Uf den sol manz schieben.[20])

Weiter ist bemerkenswerth, dass in dem westgothischen[21]) und dem bairischen[22]) Rechte die Ausdrücke „auctorem repraesentare" und „furem quaerere" mit einander abwechseln. Hat der Anefangsbeklagte seinen Gewähren nicht vorgebracht, so kann er sich zwar durch Zeugenbeweis für seinen redlichen Erwerb von dem Anspruch auf die Diebesbusse befreien, jedoch mit der Massgabe, „ut furem quaerere non desistat". Im Uebrigen verweisen wir auf die unten (§ 12) folgende ausführliche Darstellung der rechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen des Gewährszuges, welche unsere Ansicht durchweg bestätigt.[23])

Die Ermittelung des Diebes in der Person eines der Vormänner des ursprünglichen Anefangsbeklagten ist also der Zweck des Gewährszuges. Hiermit ist aber die Bedeutung unseres Rechtsinstitutes noch nicht in erschöpfender Art zum Ausdruck gebracht; vielmehr lässt sich der demselben zu Grunde liegende juristische Gedanke erst dann mit voller Schärfe formuliren, wenn man sich die processualische Stellung vergegenwärtigt, in welcher sich der Anefangskläger befinden würde, wenn der Besitzer der gestohlenen Sache nicht zur Gestellung des Gewähren verpflichtet wäre. In diesem Falle müsste der Anefangsbeklagte seine Behauptung, die Sache durch Rechtsgeschäft erworben zu haben, durch die gewöhnlichen Beweismittel darthun und beim Gelingen dieser Beweisführung zum mindesten von der Diebstahlsbeschuldigung freigesprochen werden. Ist nun der Auctor dem Beklagten bekannt, so könnte der Letztere vielleicht durch eine positive gesetzliche Vorschrift dazu genöthigt werden, denselben dem Kläger namhaft zu machen. Hieraus würde sich dann für den Bestohlenen

20) Vergl. ferner Ruprecht v. Freysing (Maurer) I c. 203.

21) Lex Visigoth, VII. 2, 8.

22) Lex Baiuvar. IX. 7.

23) Hier mag nur noch hervorgehoben werden, dass in der Glosse zu Sächsisch. Weichbildrecht Art. 112 (Daniels et Gruben, Sp. 421) bei Besprechung des peinlichen Diebstahlsverfahrens „zur Gewähr ziehen" für identisch erklärt wird mit: „einen Anderen beschuldigen": „*so mag er sich domete an keinen geweren zihen, das ist, das er keinen domete beschuldigen mag*". Noch schärfer tritt diese Bedeutung des Gewährszuges in dem Sprachgebrauche der süddeutschen Quellen hervor, worüber das Nähere unten § 11.

ein Anhaltspunkt ergeben, welcher ihm die weitere Nachforschung nach dem Diebe ermöglichte. Soll jetzt aber die Klage gegen diejenige Person, von welcher der ursprüngliche Anefangsbeklagte die intertiirte Sache erworben hat, erhoben werden, so zeigt sich, dass der Bestohlene der processualischen Vortheile, welche sich für ihn aus dem Anefang ergaben, verlustig gegangen ist. Denn der Auctor, welcher die Sache weiterveräussert hat, ist eben nicht mehr Besitzer, und die in dem Anefangsprocesse getroffene Feststellung seines früheren Besitzes kann in dem gegen ihn gerichteten Verfahren selbstverständlich nicht verwerthet werden. Da es weiter mit den Grundprincipien des germanischen Beweisrechtes [24]) in Widerspruch stehen würde, wenn der Bestohlene, obgleich er als Kläger auftritt, den von dem Anefangsbeklagten geführten Beweis dem Auctor gegenüber wiederholen wollte, so ergiebt sich, dass ihm gegen den Letzteren lediglich die gewöhnliche Diebstahlsklage, welcher der Beklagte durch unsubstantiirte Klageverneinung entgeht, zur Verfügung steht. Es ist nun aber selbstverständlich, dass der Dieb in einem derartigen Verfahren viel mehr Aussicht hat, den Unschuldsbeweis zu führen, als wenn er genöthigt ist, seinen Besitz durch die Angabe und den Nachweis eines Erwerbsgrundes zu legitimiren. Ist der von dem ursprünglichen Anefangsbeklagten benannte Auctor aber selbst redlicher „derivativer“ Erwerber, und macht er von seinem Rechte zum *„schlichten versaken“* Gebrauch, so nimmt er damit dem Bestohlenen jede Möglichkeit, in Erfahrung zu bringen, in wessen Hand sich die intertiirte Sache in früherer Zeit befunden habe. Es würde demgemäss lediglich von dem freien Willen jedes einzelnen der Vorbesitzer desjenigen, unter dem die Sache mit Anefang belegt worden ist, abhängen, ob sie die durch den Besitz der res furtiva gegebene Spur des Diebes bei sich verlaufen lassen oder den Bestohlenen in die Lage setzen wollen, dieselbe bis auf den Dieb zurückzuführen. Dieses zu verhindern und den Anefangskläger auch den Vormännern gegenüber mit dem processualischen Zwange auszurüsten, ist offenbar die Aufgabe, zu deren Erfüllung der Gewährszug bestimmt ist. Dadurch, dass Jeder, durch dessen Hände die *düve* gegangen ist, genöthigt wird, an Stelle des ursprünglichen Anefangsbeklagten in den Process einzutreten und seine Vertheidigung nach denselben

[24]) Vergl. oben S. 105 ff.

Grundsätzen, wie dieser, einzurichten, wird es dem Anefangskläger ermöglicht, die Kette der Personen, in deren Besitz die intertiirte Sache gewesen ist, wiederherzustellen, und den Letzten in der Reihe, falls derselbe seinen Besitz nicht auf andere Art legitimiren kann, des Diebstahls zu überführen. Der juristische Grund, auf welchen die Ausschliessung der unsubstantiirten Klageverneinung und die Verpflichtung zum indirecten Gegenbeweise gegen die Diebstahlsbeschuldigung bei den Vormännern des ursprünglichen Anefangsbeklagten zurückzuführen ist, ist aber derselbe, den wir bei dem Letzteren als zutreffend erkannten. Denn es ist klar, dass das gleiche Indicium, welches aus dem Besitze der res furtiva zur Zeit der Erhebung des Anefangs hervorgeht, auch demjenigen entgegensteht, welcher anerkennen muss, den Besitz der Sache früher innegehabt und auf den Anefangsbeklagten weiter übertragen zu haben. Durch ein derartiges Zugeständniss wird daher der ursprünglich gegen den Letzteren gerichtete Verdacht auf seinen Auctor gelenkt, welcher jetzt, selbst wenn von der formellen Wiederherstellung seines ehemaligen Besitzes vorläufig gänzlich abgesehen wird, wenigstens im materiellen Sinne als der durch den Besitz der *düve* strafrechtlich Belastete erscheint. Bezeichnen wir nun jene Fiction, auf welche die eigenthümliche Gestaltung des im Anefangsverfahren geltenden Beweisrechts zurückzuführen ist, mit dem Ausdrucke der späteren Quellen als „leibliche Beweisung“ [25]), so characterisirt sich der Gewährszug seinem juristischen Inhalte nach als Fortwälzung der leiblichen Beweisung, d. h. als Uebertragung des aus dem Besitze der res furtiva hervorgehenden Verdachtsmoments auf die Vormänner des Anefangsbeklagten. In dieser Function des Gewährszuges liegt dann gleichzeitig die Erklärung für einen mit dem Eintritte des Auctors verbundenen Act, welcher anscheinend lediglich formeller Natur, in Wahrheit aber von grundlegender materieller Bedeutung ist, — die Rückgabe der Sache an den Auctor. [26])

Man könnte nun noch die Frage aufwerfen, ob es nicht im höchsten Grade unbillig war, den auf Grund eines derivativen Titels besitzenden Anefangsbeklagten zur Gestellung seines Auctors zu nöthigen, obgleich derselbe seine Unschuld an dem Dieb-

[25]) Vergl. oben S. 121 ff.

[26]) Das Nähere hierüber wird unten § 11 und 14 mitgetheilt werden.

stahl auch in diesem Falle in viel leichterer und einfacherer Weise, nemlich durch die gewöhnlichen Beweismittel, hätte darthun können. Da die Nichtgestellung des Gewähren in ältester Zeit, ohne Rücksicht darauf, ob den Beklagten ein Verschulden traf oder nicht, zur Verhängung der Diebstahlsstrafe führte, scheint es kaum angänglich, jene Verbindlichkeit des Anefangsbeklagten auf die allgemeine Pflicht, dem Bestohlenen bei der Ermittelung des Diebes beizustehen, ihm *„rechtes to helpene“* [27]) zurückzuführen. Vielmehr dürfte der letzte Grund der eigenthümlichen Behandlung der Einrede des Erwerbes durch Rechtsgeschäft höchstwahrscheinlich darin zu suchen sein, dass der Besitz der gestohlenen Sache in praehistorischer Zeit eine praesumtio iuris et de iure für die Schuld ihres Inhabers erzeugte. Würde diese bereits früher [28]) ausgesprochene Vermuthung zutreffen, so wäre es leicht erklärlich, dass dem Anefangsbeklagten bei einer Milderung des den Ausgangspunkt der Entwicklung bildenden ius strictissimum zunächst lediglich die Möglichkeit eröffnet wurde, sich durch Gestellung des eigentlich Schuldigen von der Diebstahlsbusse zu befreien. Hierin liegt nemlich in ältester Zeit der wahre Inhalt der dem Anefangsbeklagten beim Gewährszuge obliegenden Verbindlichkeit, wie sich aus folgenden Sätzen ergiebt. [29]) Erklärt der von dem Beklagten angerufene und in dem gerichtlichen Termine erschienene Auctor, dass er die Uebernahme der Beklagtenrolle ablehne, so tritt an den Ersteren die Aufgabe heran, denselben seiner Gewährspflicht zu überweisen. Auf diese Art kann sich ein Zwischenstreit zwischen dem ursprünglichen Beklagten und dem Auctor entspinnen, in welchem jedoch der Letztere der Angegriffene ist und deshalb nach dem allgemeinen Princip die Behauptung, die Sache früher besessen zu haben, durch unsubstantiirte Verneinung widerlegen darf. Da nun der Ausgang dieses Zwischenstreites für die Entscheidung des Hauptprocesses praejudicirlich ist, so ergiebt sich, dass dem leugnenden Auctor gegenüber auch das

[27]) Vergl. hierüber insbesondere Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 52. 57. 760 ff. — Die für uns wichtigste Aeusserung dieser allgemeinen Pflicht, *„rechtes to helpene“*, liegt in dem Zwange, dem Gerüchte des Bestohlenen Folge zu leisten und dem Letzteren bei der Ergreifung des Diebes beizustehen.

[28]) Vergl. oben S. 100 ff.

[29]) Vergl. hierüber das Nähere unten § 12.

Anefangsverfahren zu einer schlichten, d. h. ohne leibliche Beweisung angestellten Diebstahlsklage führt. Die mit dieser Form der Rechtsverfolgung verbundene Gefahr trifft aber nicht den Anefangskläger, sondern den zur Gewähr ziehenden Anefangsbeklagten, welcher demgemäss vor die Alternative gestellt wird, entweder den Dieb zu überführen oder selbst als Dieb zu gelten. Diese Härte des alten Rechts dürfte nur bei Zugrundelegung der oben geäusserten Vermuthung genügend motivirt werden können.

Schliesslich verdient noch Folgendes hervorgehoben zu werden. Wir haben im bisherigen Verlaufe unserer Abhandlung bereits mehrfach Rechtssätze, welche der Anefangsklage nicht eigenthümlich, sondern ihr mit den übrigen Klagen um Gut gemein sind, auf Gründe zurückgeführt, welche wenigstens scheinbar bei ihr allein zutreffen; dass wir hierzu berechtigt waren, kann erst später nachgewiesen werden. Auch der Gewährszug findet nun zweifellos nicht bloss in dem Anefangsverfahren, sondern auch in dem rein bürgerlichen Rechtsstreite Anwendung, ein Umstand, welcher geeignet erscheint, die von uns vertheidigte strafprocessualische Auffassung dieses Rechtsinstituts in Frage zu stellen. Dieses Bedenken ist aber in Wahrheit nicht begründet; vielmehr kann es gerade bei dem Gewährszuge ohne Weiteres als gerechtfertigt angesehen werden, wenn zu seiner Erklärung zunächst ausschliesslich die Anefangsklage herangezogen wird. Schon bei oberflächlicher Prüfung der Quellen muss man nemlich die Ueberzeugung gewinnen, dass zwischen diesen beiden Instituten eine so innige Verbindung besteht, dass sie für einander geschaffen, ja fast mit einander identisch zu sein scheinen. Das ergiebt bereits der Sprachgebrauch der Volksrechte: „tertia manus" bezeichnet die Anefangsklage als „dasjenige Verfahren, welches die Sache regelmässig an die dritte Hand bringt", „rem in tertiam manum mittere", rem intertiare", „die Sache in den Gewährszug setzen, ist der gangbare Ausdruck für „anefangen".[30]) Carlin[31]) sagt daher mit Recht: „das Anefangsverfahren gipfelt so sehr in der nominatio auctoris, dass sie als der eigentliche Zweck desselben erscheint und den Namen Intertiationsverfahren, d. h. Verfahren zur Feststellung des Rechtsurhebers erhält". Unsere oben entwickelte Ansicht über den Gewährszug wird aber auch da-

[30]) Vergl. oben S. 49.

[31]) A. a. O. S. 46. 47.

durch unterstützt, dass derselbe noch in dem späteren Mittelalter in einem reinen Ungerichtsverfahren begegnet, nemlich in dem Münzfälschungsverfahren, welches auch in anderen Puncten eine so grosse Aehnlichkeit mit dem Anefangsverfahren aufweist, dass die Vergleichung der auf dasselbe bezüglichen Quellenbestimmungen für das Verständniss des letzteren von Wichtigkeit ist.

Die Falschmünzerei hat nemlich mit dem Diebstahl das Merkmal gemein, dass der Thäter durch die Begehung dieses Verbrechens in den Besitz eines körperlichen Gegenstandes gelangt, welcher ihn der That verdächtig macht und zu seiner Ueberführung verwerthet werden kann. Wie aber nicht jeder Inhaber einer gestohlenen Sache ein Dieb ist, so erzeugt auch der Besitz von falschen Münzen keine praesumtio iuris et de iure, sondern nur ein Indicium für die Schuld desjenigen, bei dem dieselben vorgefunden werden. Die falschen Münzen bilden also, ebenso wie die *düve*, „leibliche Beweisung", und zwar vollen Beweis für den objectiven Thatbestand des Verbrechens[32]), widerlegbaren Beweis für die gegen ihren Besitzer gerichtete Beschuldigung, dieselben entweder selbst geprägt oder sie wissend, dass sie falsch seien, in seine Gewere gebracht zu haben. Bei gleicher Grundlage gestaltet sich in beiden Fällen auch das Verfahren gleichartig. Zunächst wird auch in den auf die Münzfälschung bezüglichen Bestimmungen mehrfach der Haussuchung[33]) gedacht, deren Verweigerung die gleichen Folgen hat, wie beim Diebstahl; ebenso wird beim Hinzutreten weiterer Belastungsmomente der Inhaber der falschen Münzen des ihm zur Last gelegten Verbrechens für überwiesen angesehen, so z. B. wenn die letzteren in einem verschlossenen Behältnisse[34]) oder zusammen mit dem „muntmal" vorgefunden worden sind[35]), oder endlich wenn der

[32]) Falls der Angeschuldigte bestritt, dass die in seiner Gewahrsam gefundenen Pfennige falsch seien, fand eine Untersuchung derselben durch Sachverständige in der Münze statt. Vergl. Freiberger Stadtrecht (Schott) c. 7.

[33]) Vergl. z. B. Privileg Friedrich's II. für Goslar v. 1219 bei Göschen, S. 114 Z. 5 ff. Iglauer Stadtrecht (Tomaschek) c. 12.

[34]) Prager Jura Theutonicorum § 21 (Roessler, Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren, Bd. I. S. 189).

[35]) Lübisch. Recht Cod. I. c. 32. Cod. II c. 130 (Hach, Das alte Lübische Recht, S. 194. 311). Ruprecht v. Freysing (Maurer) I. c. 55.

Inhaber die Flucht ergriffen hat.[36]) Am deutlichsten zeigt sich jedoch die Verwandtschaft des Münzfälschungs- mit dem Anefangsverfahren in dem Beweisrechte. Der Besitzer der falschen Münzen[37]), welcher leugnet, dieselben verfertigt zu haben, muss nemlich unter Ausschluss der unsubstantiirten Klageverneinung darthun, dass er dieselben auf redliche Art in seine Gewahrsam gebracht habe. Dieser Beweis wird regelmässig durch die Gestellung derjenigen Person, von welcher der Beklagte den *„valsch"* erhalten hat, und welche dann als Gewähre in den Process eintritt, erbracht. Vergl. z. B.:

> Sachsensp. II, 26 § 2. Sve sin recht verworcht hevet mit düve oder mit rove, vint man under ime virdehalven penning, it gat ime an die hant, hene moge'r geweren hebben.[38])

Das Rechtsbuch von Mühlhausen[39]) ergiebt, dass die Frist, innerhalb deren der der Münzfälschung Beschuldigte seinen Auctor vorbringen muss, die gleiche ist, wie in dem Anefangsverfahren. In anderen Rechtsquellen[40]) werden für den Fall, dass der Auctor die Uebernahme der Gewährschaft ablehnt, Vorschriften erlassen, welche die Beweisvertheilung in dem zwischen

[36]) Iglauer Stadtrecht (Tomaschek) c. 97. Prager Rechtsb. (Roessler) c. 49.

[37]) Ist die Summe der im Besitze einer bestimmten Person vorgefundenen falschen Münzen so gering, dass der Verdacht eigener Anfertigung oder wissentlichen Erwerbes von vorneherein ausgeschlossen erscheint, so bilden die letzteren keine leibliche Beweisung für die Schuld ihres Inhabers, sondern werden ohne Einleitung eines Strafverfahrens confiscirt oder zerschnitten. Der Betrag, bei welchem ein Entlastungsbeweis nothwendig wird, ist verschieden, je nachdem der Inhaber ein unbesprochener Mann ist oder wegen Diebstahls, Raubes oder Münzfälschung sein Recht verloren hat, Bürger oder Gast, Münzer oder Privatmann ist. Vergl. die zahlreichen in den vorhergehenden und folgenden Anmerkungen citirten Quellenbeläge.

[38]) Vergl. ferner Glogauer Rechtsbuch c. 329 (Wasserschleben, S. 41). Goslar. Statuten (Goeschen) S. 37 Z. 23—26. 33—35; S. 38 Z. 2. 6. Privileg. Friedrich's II für Goslar (Goeschen a. a. O.) S. 113 Z. 35 bis 39. 44—46. Rechtsbuch nach Distinct. IV, 17 dist. 7—9. Augsburger Stadtr. (Meyer) Art. 37 § 2. Schwabensp. (Gengler) c. 165 § 2.

[39]) Förstemann, Neue Mittheilungen, Bd. VII. S. 85; vergl. ebenda Seite 86.

[40]) Prager Rechtsbuch (Rössler) c. 49. Iglauer Stadtrecht (Tomaschek) c. 13.

dem ursprünglichen Beklagten und dem leugnenden Gewährsmann zu führenden Zwischenstreite regeln. Unter Umständen kann der Beschuldigte auch ohne Gestellung eines Gewähren dadurch loskommen, dass er beschwört, die Person, von welcher er die Münzen erhalten habe, nicht zu kennen. Diese Einrede steht in der Mitte zwischen den im Anefangsverfahren begegnenden Behauptungen des Beklagten, die Sache auf freiem Markte gekauft oder die Gewahrsam derselben ohne sein Wissen erlangt zu haben.[41]) Dementsprechend lautet der von dem Beklagten zu leistende Eid:

> dat he an den penninghen nicht valsches ne wiste to nemende unde to ghevende[42]),
> daz er niht enwiste, daz si valsch waren[43])
> se eos in publico et communi foro recepisse[44]),
> he hebbe dat ghenomen mit sineme veilen kope[45]),
> daz im die phenninge widervarn sind ane gevärde und an alle sine schulde und auch jens nit erchenne, der si im gaeben hat.[46])

Die drei letzten Eidesnormen[47]) ergeben, dass bei dieser Art der Vertheidigung, ebenso wie bei der Einrede des Marktkaufes, vorausgesetzt wird, dass die Gestellung des Gewähren im concreten Falle unmöglich ist. Uebrigens wurde der Beklagte zur

[41]) Der eigentliche Inhalt dieser Einrede ist ja, der Natur des Geldes entsprechend, meistens nicht der, mit einer unbekannten Person contrahirt, sondern die Münzen, ohne es zu merken, dass sie gefälscht seien, in Zahlung erhalten zu haben.

[42]) Goslar. Statuten (Göschen) S. 37 Z. 26—28. Privileg Friedrich's II. für Goslar v. 1219 bei Göschen a. a. O. S. 113 Z. 39—41. Rechtsbuch nach Distinct. IV. 17 dist. 9. Aehnlich Magdeburg. Systemat. Schöffenrecht (Laband) III. 2 c. 15. 16. Ruprecht v. Freysing (Maurer) II. c. 57.

[43]) Schwabensp. c. 165 § 2.

[44]) Henrici reg. Sententia de cambiis et denariis de a. 1231 (Monum. Germ. hist. leg. tom. II. p. 281).

[45]) Lübisch. Recht (Hach) Cod. I. c. 32. Cod. II. c. 130.

[46]) Augsburg. Stadtrecht (Meyer) Art. 37 § 1 und 2.

[47]) In einem Theile der citirten Stellen wird übrigens auch noch ausdrücklich hervorgehoben, dass der Beklagte nur dann, wenn er seinen Gewähren nicht gestellen kann, zur Ableistung des gedachten Eides gelangt. — Der Schwabenspiegel verlangt den von ihm vorgeschriebenen Schwur sogar auch dann, wenn der Auctor vorgebracht worden ist.

Ableistung jenes Eides nur zugelassen, wenn noch weitere Erfordernisse erfüllt waren; ausgeschlossen von der eidlichen Reinigung war z. B. der Münzer [48]), sowie derjenige, welcher sein Recht durch Diebstahl, Raub oder Falschmünzerei verwirkt [49]) oder sich bereits mehrmals von der Anschuldigung der Münzfälschung freigeschworen hatte.[50])

Abgesehen von den aus der Verschiedenheit ihrer thatsächlichen Grundlagen hervorgehenden Abweichungen ist also die Analogie zwischen dem Münzfälschungs- und dem Anefangsverfahren eine vollständige. Gerade in dem ersteren, über dessen strafprocessualischen Character ein Zweifel nicht aufkommen kann, tritt uns aber die dem Gewährszuge zu Grunde liegende Idee in ihrer ganzen ursprünglichen Reinheit und Einfachheit entgegen. Dass der wegen Münzfälschung Belangte durch die nominatio auctoris ein Recht an den falschen Münzen geltendmache, wird Niemand behaupten wollen [51]); für ihn hat der Gewährszug vielmehr ausschliesslich den Zweck, die peinliche Anschuldigung und die mit dem Besitze der Münzen verbundene „leibliche Beweisung", von sich auf einen Anderen abzuwälzen. Die sich hieraus ergebende Feststellung, dass der Gewährszug auch noch in späterer Zeit in einer rein strafprocessualischen Anwendung begegnet [52]), ist aber ein wichtiges Argument gegen die

[48]) Vergl. z. B. Goslar. Statuten, S. 37 Z. 33—39.

[49]) Vergl. z. B. Rechtsbuch nach Distinct. IV. 17 dist. 7.

[50]) Vergl. z. B. die Anm. 44 citirte Sententia de cambiis et denariis und Goslar. Statuten, S. 37 Z. 29—32.

[51]) Die falschen Münzen wurden nemlich entweder confiscirt und dem Münzer übergeben oder in Stücke zerschnitten und demjenigen, bei dem sie gefunden worden waren, zurückgestellt. Vergl. z. B. Sachsensp. II, 26 § 2. Stadtrecht von Medebach Art. 9 bei Seibertz, Urkundenbuch, Bd. III. S. 382. Goslar. Statuten (Göschen) S. 37 Z. 28—29. Privileg Friedrich's II. für Goslar v. 1219 bei Göschen a.a. O. S. 113 Z. 40. Rechtsb. nach Distinct. IV. 17 dist. 9. Schwabensp. c. 165 § 3.

[52]) In der gleichen Anwendung erscheint der Gewährszug auch noch in anderen Fällen, so z. B. wenn der um Ungericht Beklagte einwendet, dass er die ihm zur Last gelegte Strafthat im Auftrag einer Person begangen hat, welchen er nach anerkannten Rechtsgrundsätzen Gehorsam zu leisten schuldig ist. Vergl. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 410. Eine missbräuchliche Anwendung des Gewährszuges liegt dann vor, wenn das corpus delicti bei einem von mehreren Complicen gefunden worden ist, und dieser, um sich selbst von Strafe zu befreien, auf seinen Mitthäter, Anstifter, Gehülfen „zieht". Für einen derartigen Fall bestimmt z. B. Schwabensp. (Gengler) c. 187, dass derjenige von Beiden, welcher in dem zwischen ihnen auszu-

heute fast allgemein verbreitete Ansicht, welche dieses Institut als eine Eigenthümlichkeit der Klagen um Gut betrachtet, und gegen die Schlüsse, welche aus dieser Auffassung gezogen worden sind.

§ 11.

(Fortsetzung.)

II. Die Bedeutung der Sache beim Gewährszuge.

Schon aus unseren früheren Ausführungen ergab sich, wie bedeutungsvoll die Stellung ist, welche der Sache im Anefangsverfahren zukommt. Der Besitz der Sache bildet aus formellen und materiellen Gründen ein wesentliches Erforderniss auf Seiten derjenigen Person, gegen welche die Anefangsklage angestrengt werden soll. Auf die Sache richtet sich ferner auch äusserlich der Angriff des Klägers; durch ihre körperliche Berührung wird der Streit zwischen ihm und dem Beklagten gefestigt. Die Sache begründet endlich einen unvollständigen Beweis für die Wahrheit der in der Anefangsklage liegenden Beschuldigung, welcher sich beim Hinzutreten weiterer Belastungsmomente oder beim Misslingen des Gegenbeweises in einen vollständigen verwandelt.

In dem Folgenden werden wir nun eine weitere Function der Sache im Anefangsprocesse kennen lernen, welche zunächst nur ein äusserliches Interesse zu besitzen scheint, die aber in Wahrheit von der grössten Tragweite für die begriffliche Würdigung des materiellen Anefangsrechtes ist. Die intertiirte Sache characterisirt sich nemlich, wie sie die Grundlage und den Mittelpunct des Anefangsverfahrens im Allgemeinen bildet, in einem ganz besonderen Sinne als das formale Substrat des Ge-

fechtenden Zweikampfe obsiegt, „*unschuldic ist, vor der werlde; aber vor gote sint si beide schuldic.*“ Weiter spielt der „Währmannn“ auch in dem altdeutschen Injurienprocesse eine Rolle. Nach schweizerischen Rechtsquellen (vergl. Osenbrüggen, Alamannisches Strafrecht, S. 261) darf nemlich der der üblen Nachrede Beschuldigte den Einwand erheben, dass er die von ihm verbreitete unwahre Thatsache von einem Dritten erfahren habe. Gestellt er diesen Dritten als Gewähren, so wird er von der eigenen Antwort und der ihm drohenden Strafe frei. — Schliesslich mag noch auf Lex Visigoth. IX. 1, 4 hingewiesen werden.

währszuges. Das ergiebt sich daraus, dass der Gewähre bei seinem Eintritte in den Process die Sache von dem Anefangsbeklagten zurückempfängt. Die Sache bleibt also in dem Verfahren, obgleich die ursprünglich an der Beklagtenrolle befindliche Person ausscheidet und einer anderen Platz macht.

Die Existenz dieser Rechtsübung, welche in der neueren Litteratur keineswegs genügende Beachtung gefunden hat, wird durch zahlreiche unzweideutige Quellenzeugnisse, welche aus den verschiedensten Rechtsgebieten herrühren, dargethan. Bei der Bedeutung, welche wir dieser Eigenthümlichkeit des Gewährszuges beilegen, ist es erforderlich, unseren nachstehenden Erörterungen ein thunlichst grosses Material zu Grunde zu legen.

Von den festländischen Volksrechten erwähnt nur die Lex Ribuaria den hier in Frage stehenden Rückgabeact. So heisst es zunächst in Lex Ribuar. 33 c. 3:

„quod si auctor suos venerit et rem interciatam recipere rennuerit."

Hier wird also die Ablehnung der Gewährschaft mit der Weigerung des angerufenen Vormanns, die intertiirte Sache zuzückzunehmen, identificirt, eine Ausdrucksweise, welche bereits vermuthen lässt, dass der Eintritt des Gewähren in den Process durch die Annahme der Sache gekennzeichnet wird. Dieses wird durch Lex Ribuar. 72 c. 6, wo von dem Falle, dass das mit Anefang belegte Thier im Laufe des Verfahrens gestorben ist, gehandelt wird, bestätigt. Ist dieses geschehen, so soll:

„illi, super quem intertiatur, conio con caput decortigato in praesentia iudicis auctorem suum ostendere debet."

Demnächst fährt die Stelle fort:

„quod si auctor reciperet" (d. h. wenn der Auctor das Fell zurückgenommen hat),

während in dem unmittelbar folgenden c. 7 h. t. gesagt wird:

si autem sanum vel immaculatum restituerit (d. h. wenn der Anefangsbeklagte dem Auctor das mit Anefang belegte Thier unverletzt zurückgegeben hat).

Hiermit stimmt es überein, wenn nach der Ausdrucksweise anderer Stellen die Sache (resp. das an ihre Stelle tretende Leibzeichen) bei dem Gewährszuge „von Hand zu Hand wandert", oder, wie Sohm[1]) diese Wendung treffend wiedergiebt, „den Weg

[1]) Process, S. 113.

zurückgeht, welchen sie vorher durch Rechtsgeschäft vorwärts gegangen ist". Vergl. ausser dem bereits oben[2]) citirten und unten[3]) ausführlicher zu besprechenden c. 1 Lex Ribuar. 72 auch:

> Lex Ribuar. c. 58 c. 8: ... (servus intertiatus) de manu ad manum ambulare debet, quamvis multas vindicisnis ex illo factas fuissent, usque dum ad ea manu venit, bui eum ingenuum dimisit.

Das gleiche Resultat ergeben einige Stellen der angelsächsischen Gesetze, welche von der Uebernahme resp. von der Ablehnung der Gewährschaft handeln. So heisst es in dem von dem Anefangsbeklagten beim Gewährszuge abzuleistenden Eide:[4])

> Und wie ich es zur Gewähr ziehe, so verkaufte es mir der, in dessen Hand ich es jetzt lege (*angels.* þe ic hit nû on hand sette *vet. vers.* cui in manum mitto).

Weiter bestimmen Ine's Gesetze c. 75[5]):

> Wenn man gestohlenes Vieh in Beschlag nimmt und die Hand, bei der man es mit Beschlag belegt, zieht die Gewähr desselben zu einem anderen Manne, wenn der Mann sie nicht übernehmen will, und sagt, dass er dies ihm niemals verkaufte etc.

Die gesperrt gedruckten Worte lauten in dem angelsächsischen Urtext:

> gif se man þonne onfôn (d. h. anfassen, zufassen, zugreifen mit Beziehung auf die mit Anefang belegte Sache, ne wille

und in der vetus versio, deren Sprachgebrauch in diesem Puncte ebenso wie in vielen anderen eine merkwürdige Uebereinstimmung mit dem der festländischen Volksrechte zeigt:

2) S. 184.

3) Vergl. den Schluss dieses Paragraphen.

4) Schmid, Ges. der Angels., S. 406. 407. Anhang X Nr. 3. Bemerkenswerth ist auch die Ueberschrift zu der Eidesformel Nr. 2 (a. a. O. S. 404. 405): þonne man hæfð his œhte gebryid and bringeð hî on gange (wenn Jemand sein Gut mit Beschlag belegt und es in Gang bringt, d. h. es in den Gewährszug setzt).

5) Schmid a. a. O., S. 56. 57.

„si advocatus (der Gewähre) nolit hoc (sc. captale furtivum, rem furtivam) recipere.[6])

Besondere Beachtung verdient die folgende Stelle:

Aethelred's Gesetze II c. 8 (Schmid a. a. O. S. 208 209.) § 1. Wenn er auf einen lebenden Gewährsmann aussagt . . . so stelle er es zu dessen Hand (*angels.* sette on þa hand *vet. vers.* mittat in manum venditoris) und bitte, dass er die Schuldlosigkeit darthue, wenn er es vermag. § 2. Wenn er zugreift (*angels.* gif he tô-fêhð *vet. vers.* si recipiat), so reinigt er denjenigen, bei dem die Sache früher in Beschlag genommen wurde.

Endlich möge noch erwähnt sein, dass auch in den Gesetzen Wilhelm des Erorberers (c. 21[7]) angeordnet wird:

et li auter (der Anefangsbeklagte) le (sc. vif aveir) mettrad en la main sun guarant (er lege es in die Hand seines Gewährsmannes[8]).

In den übrigen Volksrechten sind, wie bereits bemerkt, Hindeutungen auf den mit dem Eintritt des Gewähren verbundenen Rückgabeact nicht nachzuweisen. Dieser Umstand erklärt sich aber in einfacher Art daraus, dass eine erschöpfende Darstellung aller Eventualitäten, zu welchen die nominatio auctoris führen kann, nirgends angestrebt wurde, und dass man gerade den einfachsten und regelmässigen Fall, dass nemlich der Auctor in den Process eintritt, fast überall mit Stillschweigen überging. Da die hierbei üblichen Formalitäten allgemein bekannt und geläufig waren, beschränkte man sich bei der gesetzlichen Regelung

[6]) Vergl. ferner Aethelstan's Ges. II c. 24 princ.: Wenn Jemand . . . auf den Gewährsmann ziehen will, so nehme es der (*angels.:* þonne onfô se his, *vet. vers.:* recipiat hoc), bei dem er es früher kaufte etc.

[7]) Schmid a. a. O. S. 336.

[8]) Dass auch dem mittelalterlichen französischen Rechte die hier erörterte Rechtsübung bekannt war, könnte vielleicht aus folgender bei Franken, Pfandrecht, S. 279 in extenso mitgetheilten Stelle entnommen werden: Beaumanoir Coutumes du Beauvoisis (ed. Beugnot) XXV. c. 368: et s'il plest mix . . . à porsivir celi qui a le coze de celi qui le trouva ou d'autrui, fere le pot; si comme cozes se remuent (si reviennent) de main en main, et est cil qui a le coze tenus à repondre. Wahrscheinlich beziehen sich jedoch die gesperrt gedruckten Worte nicht auf das Zurückgehen der Sache beim Gewährszuge, sondern auf das Vorwärtsgehen derselben durch Rechtsgeschäft. Jedenfalls ist der Anklang an das „de manu in manum ambulare" der Lex Ribuaria von Interesse.

unseres Rechtsinstituts meistentheils darauf, die rechtlichen Folgen, welche bei dem Nichterscheinen des Auctors oder bei seiner Weigerung, die Gewährschaft zu übernehmen, eintraten, festzusetzen. Um so grössere Bedeutung ist zwei langobardischen Formeln[9]) beizulegen, welche eine ausführliche Schilderung des bei dem Gewährszuge Platz greifenden Verfahrens enthalten und die Richtigkeit der von uns an die Spitze gestellten Behauptung mit voller Sicherheit bestätigen. Wie unten dargethan werden soll, geben dieselben, obgleich sie einer späteren Zeit angehören, unzweifelhaft altlangobardisches Gewohnheitsrecht wieder. In der ersten derselben heisst es nun:

> si dixerit (sc. auctor): vendidi et volo stare in auctoritatem, det vadia, quod stet in auctoritatem; et ipse det vadia de contradictore, et reddat pretium et recipiat caballum.

Dass sich die letzten gesperrt gedruckten Worte auf den Auctor beziehen, ergiebt sich aus dem Fortgang der Stelle und aus der der oben citirten sehr ähnlichen Formel zu dem Capitul. Otton. I c. 7, in welcher ausdrücklich ausgesprochen wird, dass sich der Anefangsbeklagte dem von ihm laudirten Auctor gegenüber zur Rückgabe der Sache verpflichtet und dieses Versprechen nach erfolgtem Eintritt des Auctors in den Process erfüllt:

> „hic (der Anefangsbeklagte) vero det ei wadimonium de conducendo interciatorem ad eum ad placitum appellando et reddendam rem si vero dixerit „warens sum", tunc accipiat rem reddito pretio.

Auch in den Quellen des späteren Mittelalters hat sich die erörterte Rechtsübung erhalten. Aus dem sächsischen Rechte ist zunächst die folgende Stelle zu erwähnen:

> Sachsensp. III 83 § 3. Svie egen oder varende have verkoft, des sal he gewere sin die wile he levet; man sal aver ime dat gut laten in sine gewere to behaldene unde to verliesene, di wile he't vorstan sal.

Diese Bestimmung bezieht sich zwar nicht ausschliesslich, aber, wie aus dem Eingange hervorgeht, wenigstens gleichzeitig auf den Mobiliarprocess und also auch auf das Anefangsverfahren;

9) Formel zu Edict. Rothar. c. 232 und zu Capitul. Otton. I c. 7 (Monum. Germ. histor. leg. t. IV. p. 358. 578).

sie ist deshalb von besonderem Interesse, weil in ihr unzweifelhaft nicht bloss eine symbolische Zurückgabe, sondern eine wirkliche Einweisung des Auctors in den Besitz der streitigen Sache angeordnet wird.[10]) Stillschweigend vorausgesetzt wird die Uebertragung des Besitzes der mit Anefang belegten Sache auf den Auctor da, wo die Wiederholung des Anefangs dem Letzteren gegenüber vorgeschrieben ist.

> Goslar. Statuten S. 100 Z. 2 ff. Bringhet en senne weren an gude dat ime geanefanghet is, so anevanghet men dat anderwarve und driddewarve unde also langhe bente dat up dene kome de dat von ersten von der iaghet in sime stalle ghetoghen hebbe.

Das Gleiche lässt sich aus einigen Stellen schliessen, in denen beim Eintritt des Gewähren in den Process entweder eine Wiederholung des „Ziehens zu der Sache" seitens des Anefangsklägers erwähnt oder wenigstens gesagt wird, Ersterer solle dem Letzteren gegenüber genau so vorgehen, wie gegen den ursprünglichen Beklagten und auch die für den Anefang an das Gericht zu zahlende Abgabe nochmals erlegen.[11])

Die interessantesten und wichtigsten Stellen, welche der symbolischen Rückgabe der mit Anefang belegten Sache auf den Auctor gedenken, finden sich jedoch in den süddeutschen Quellen, in welchen der technische Ausdruck für die Berufung auf den

[10]) Vergl. hierüber Laband a. a. O. S. 284. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 402 ff. und unten § 14 im Eingange. Planck a. a. O., Anm. 5 hebt mit Recht hervor, dass die Bestimmung des Sachsensp. II 36 § 8 und Richtst. Landr. 13 § 2 der Annahme, dass der Eintritt des Gewähren mit der Retradition der Sache verbunden gewesen sei, nicht entgegenstehe. Die citirten Stellen wollen nemlich lediglich betonen, dass die mit Anefang belegte Sache während der Dauer des Verfahrens nicht dem Kläger ausgeantwortet oder bei einer dritten Hand deponirt werden, sondern in der Gewahrsam der in der Beklagtenrolle befindlichen Personen (d. h. des ursprünglichen Beklagten oder der Gewähren) verbleiben solle. Auch die unten § 18 zu besprechenden abweichenden Vorschriften anderer Quellen, welche dem Beklagten den Besitz der Sache entweder überhaupt nicht oder nur unter gewissen Voraussetzungen belassen, betreffen lediglich die Aufbewahrung des Streitgegenstandes zwischen den gerichtlichen Terminen, schliessen aber die Annahme, dass ein Schieben desselben vor Gericht stattfand, keineswegs aus.

[11]) Vergl. das Nähere hierüber unten § 12 sub B. I. a.

Vormann nicht wie im sächsischen Rechtsgebiete *„ziehen“*, sondern *„schieben“* ist.[12])

Dieses *„schieben“*, resp. das davon gebildete Hauptwort *„schub“* begegnet nun in dem gedachten Quellenkreise in sehr verschiedenartigen Anwendungen. „Schub“ bezeichnet 1) den Gewährszug[13]) selbst, 2) die Person, auf welche geschoben wird, den Gewährsmann[14]), 3) den Gegenstand[15]), welcher geschoben wird, z. B. die Handhaften, die falsche Münze und endlich speciell im Anefangsverfahren die intertiirte Sache, 4) den Beweis[16]), welcher durch dieses Schieben erbracht wird, also die leibliche Beweisung im weitesten Sinne, und 5) auch die von dem Anefangskläger an das Gericht zu zahlende Gebühr.[17]) *„Schieben“* wird nicht bloss mit Beziehung auf das „trahere ad auctorem“ gebraucht[18]), sondern dient auch zur Characterisirung des Vorgehens des Anefangsklägers, welcher die Sache nachdem er sie mit Anefang belegt hat oder während er sie mit Anefang belegt, auf den Beklagten „schiebt“.[19]) Ausserhalb des Anefangsverfahrens findet sich der Ausdruck *„schieben“* übrigens fast nur bei der eigentlichen, peinlichen Klage, insbesondere bei dem Verfahren auf handhafter That.[20]) Wo

[12]) Zoepfl, Rechtsgeschichte, Bd. III. S. 200 Anm. 4a hält beide Ausdrücke für gleichbedeutend, eine Annahme, welche sich jedoch sprachlich schwerlich rechtfertigen lassen dürfte.

[13]) „von jedem schube, als dicke man ein vihe schiubet“ (Augsburg. Stadtr. 34 § 4).

[14]) „sinen schup han“ (Schwabensp. c. 50. 165 § 2. 187. 214. § 7 in fin.) „der schup ist zegagen“, „er vermisset sich eines schubes“, „er mac sines schubs nicht gehaben, er nennet einen schup“ (Augsburg. Stadtrecht c. 34 § 3); „sinen schup stellen“ (Rechtsb. von Memmingen de a. 1396 c. 5 bei Freyberg V. S. 250.

[15]) Vergl. z. B. Augsburg. Stadtr. bei Meyer, S. 100: „ob der schup nicht zegagen ist“, „daz der schup zegagen ist“, „den schup schaetzen“.

[16]) *„es“ oder „in überkomen mit dem schube oder mit geziugen.“* Vergl. z. B. Schwabensp. c. 39 § 5. 195. Augsburg. Stadtr. 32 § 3.

[17]) Schwabensp. c. 268 § 8. Ruprecht von Freysing. I c. 203.

[18]) Vergl. z. B. Schwabensp. c. 268 § 7: als dike wirt es geschoben, unz es komt an den etc.

[19]) Vergl. die unten mitgetheilte Stelle des Augsburg. Stadtr. (34 § 3).

[20]) Vergl. Schwabensp. (Gengler) c. 198 § 4 „man schiubet es uf in als ander diupheit“ und Zusatz IV zu c. 79 der Lassberg'schen Ausgabe: „hat man den schub, man scheubet in auff den todten, als ob er lept“.

dem Kläger gestattet ist, den Beklagten entweder ohne Weiteres oder unter Zuziehung einer bestimmten Zahl von Zeugen durch die Vorweisung der in der Gewahrsam derselben gefundenen corpora delicti seiner That zu überführen, da „schiebt“ er die zur leiblichen Beweisung dienenden Gegenstände auf den Beschuldigten, ebenso wie er nach Sachsenspiegelrecht dem in flagranti ertappten Friedebrecher die Handhaften aufbinden würde. [21])

Hier interessirt zunächst nur die Anwendung, welche die Ausdrücke *„schub“* und *„schieben“* bei dem Gewährszuge im Anefangs- und Münzfälschungsverfahren finden. Eine nähere Prüfung des diesbezüglichen Sprachgebrauchs ergiebt mit voller Sicherheit, dass die Uebernahme der Gewährschaft seitens des Auctors in den süddeutschen Quellen als mit der Rückgabe der Sache verbunden gedacht wird. *„Schieben“* in seiner nächsten, sinnlichen Bedeutung heisst nemlich: „einen Gegenstand auf seiner Grundlage fortbewegen“, und zwar regelmässig: „einen bei uns resp. in unserer Nähe befindlichen Gegenstand von uns entfernen“. Es lässt sich nun nachweisen, dass diese ursprüngliche Bedeutung des Worts auch den von dem Gewährszuge handelnden Stellen, in welchen *„schieben“* technisch gebraucht wird, zu Grunde liegt. Geschoben wird nemlich nach dem Wortlaut der Quellen, auf den es hier zunächst ankommt, stets eine körperliche Sache. [22]) Vergl. z. B.:

„Augsburg. Statuten c. 37 § 2 (Meyer p. 108). Bi swem man valsche phenninge vindet . . . der sol die schieben ob er mak; mac er ir niht geschieben....

Schwabensp. c. 218 § 5 (Gengler). Spricht er aber, im hab ez einer gegeben der in einem andern gerihte ist

[21]) Vergl. hierüber Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 772.

[22]) Wir werden nicht fehlgehen, wenn wir annehmen, dass die Ausdrücke *„schieben“* und *„schub“* gerade bei dem Gewährszuge zuerst in technischer Bedeutung angewendet worden sind. Hierfür spricht auch unser moderner Sprachgebrauch, in welchem die vulgären Wendungen „etwas auf Jemanden schieben“, „sich etwas abschieben“, „sich vor etwas schieben“, endlich auch „Jemanden vorschieben“, sämmtlich den Sinn haben, dass der Schieber einer Beschuldigung oder einer Unbequemlichkeit, die ihm selbst droht, dadurch zu entgehen sucht, dass er sie einem Anderen aufbürdet. Ich halte es sogar für höchstwahrscheinlich, dass der Ursprung dieser Redensarten in dem Anefangsverfahren und dem Gewährszuge zu suchen ist.

gesezen: da muz er hin varen, und muz daz gut uf in schieben.[23])

Dass nun bei diesem Schieben der Sache in Wahrheit an ein körperliches Fortbewegen derselben von dem zur Gewähr ziehenden zu dem Auctor hin gedacht wird, geht daraus hervor, dass der Thätigkeit des Schiebenden auch eine solche des Gewährsmannes entspricht, nemlich das Empfangen. Das ergeben folgende Stellen:

Schwabensp. c. 187. Und kumet iener für, und schiubet ez diser uf ienen: er muz ez enpfahen.

Augsburg. Statuten c. 34 § 3. Darnach sol er (der Kläger) ez (daz vihe) uf ienen schieben, in des gewalt er ez funden hat, der sol ez danne widervahen auch mit gelerten worten. Diu wort spraechent also: ih widervahe daz ros oder daz rint oder daz vihe und tun ez dahin, dannan ez mir komen ist, ob ich mac; mag ich des nicht getun, so tun ich darumbe daz mir die burger erteilent. So erteilent die burger also: stat des schup zegagen, so sol ers schieben hinz dem auch mit gelerten worten.

Die letzte Stelle zeigt gleichzeitig mit voller Deutlichkeit, zu welchem Zwecke die Rückgabe der Sache an den Auctor eigentlich erfolgt. Hier wird nemlich die Sache nicht bloss von dem Beklagten von ihm angerufenen Gewähren geschoben; vielmehr schiebt sie bereits vorher der Kläger[24]), sobald er sich beim Beginne des gerichtlichen Verfahrens zu ihr gezogen hat, auf den Beklagten. Das Schieben des Beklagten erscheint also lediglich als eine Fortsetzung des von dem Kläger begonnenen Schiebens

[23]) Dieses verkennt z. B. Gengler, Schwabenspiegel, S. 306 s. v. „schup", wenn er annimmt, dass die auf den Gewährszug bezüglichen Quellenbestimmungen ihrem Wortlaute nach von einem „Schieben" der Schuld sprechen.

[24]) Vergl. auch Schwabensp. c. 188 „begrift manz bi im, man schiubet ez uf in als ander gut, daz diubic ist." Regensburg. Landfrieden Rudolph's I de a. 1281 c. 17: Datz swem man diubigez gut funden wirt, der scheub daz als reht ist, und volfur den scheub als reht ist. (Diese Stelle bezieht sich nicht, wie Zoepfl a. a. O. Bd. III S. 200, Anm. 5 annimmt, auf das Schieben des Klägers, sondern auf das des Beklagten.) Vergl. ferner auch Schwabensp. c. 268 § 7. Ruprecht von Freysing I. c. 203.

und da das letztere, wie sich aus dem Fortgange der Stelle ergiebt, unzweifelhaft die symbolische Erhebung einer strafrechtlichen Anschuldigung enthält, so ist von vorneherein zu präsumiren, dass das Schieben des Beklagten die Weiterübertragung dieser Anschuldigung bezweckt.[25])

Nach alledem kann es als unzweifelhaft angesehen werden, dass der Eintritt des Gewähren mit der körperlichen Uebergabe der Sache an ihn verbunden ist. Diese Thatsache ist in der neueren Litteratur zwar nicht unbeachtet geblieben; man hat derselben jedoch eine ziemlich geringe Bedeutung beigelegt. So erklärt Sohm[26]) jenen Rückgabeact für eine blosse Form: „zur Form der Gestellung des Auctors gehört, dass demselben die vindicirte Sache vor Gericht übergeben werde; die Annahme derselben drückt das Geständniss der Autorschaft von Seiten des Empfangenden aus." Im weiteren Verlaufe unserer Darstellung wird sich nun zeigen, dass dieser Ansicht Sohm's sehr erhebliche Bedenken entgegenstehen[27]) und dass das Schieben der Sache seiner Wirkung nach von viel grösserer Tragweite ist, als Sohm annimmt. Wäre es aber auch richtig, dass jener Retraditionsact lediglich symbolischer Natur ist — und das soll vorläufig auch von uns supponirt werden — so kann derselbe doch nicht als eine be-

[25]) Uebrigens werden wir nicht fehlgehen, wenn wir das hier erwähnte Schieben des Klägers als eine partikularrechtliche Eigenthümlichkeit des süddeutschen Rechtes betrachten, welche sich daraus erklärt, dass in diesem Rechtsgebiete der Begriff der leiblichen Beweisung mit besonderer Schärfe formulirt worden ist. Höchst wahrscheinlich ist dasselbe aus einer Vermischung einerseits des „mit dem schube ueberkomen" in dem eigentlich peinlichen Verfahren, insbesondere in dem Verfahren auf handhafter That, und andererseits des Schiebens beim Gewährszuge entstanden. Von Interesse ist es daher nur noch zu constatiren, dass jene Fortwälzung des klägerischen Schubes von dem ersten Beklagten auf die Gewähren die dem sächsischen Rechte bekannte Wiederholung des Anefangs (vergl. oben S. 199) ersetzt, wie sich z. B. daraus ergiebt, dass die für die Erhebung des Anefangs zu zahlende Gebühr, der fürvank, bei jedem Schube von Neuem zu entrichten ist.

[26]) Process, S. 73.

[27]) Vergl. hierüber unten § 14. Wir können von unserem Standpunkte aus der Ansicht Sohm's für die fränkische Periode im Wesentlichen beipflichten und werden sogar ein besonderes Gewicht darauf legen, dass der hier erörterte Retraditionsact trotz der materiellen Rechtswirkungen, welche er nach sich zieht, zunächst nur ein formelles Erforderniss des Gewährszuges bildet.

deutungslose Formalität behandelt werden. Vielmehr muss ihm auch bei Zugrundelegung dieser Auffassung ein erhebliches Interesse für die begriffliche Würdigung des Gewährszuges im Allgemeinen und insbesondere für die Feststellung der Function der Sache bei dem letzteren zuerkannt werden.

Als Zweck des Gewährszuges ergab sich nach unseren obigen Ausführungen [28]) die Fortwälzung der leiblichen Beweisung, d. h. die Uebertragung des aus dem Besitze der gestohlenen Sache hervorgehenden Verdachtsmoments auf die Vormänner des letzten Besitzers. Dieses Resultat wurde, wie wir bisher annahmen, dadurch erreicht, dass der angerufene Gewähre entweder freiwillig oder gezwungen anerkannte, die Sache dem Beklagten übergeben und sie also vor diesem besessen zu haben. Dass ein derartiges Zugeständniss die gleiche Wirkung auf das Beweisrecht ausüben müsse, wie die durch den Augenschein getroffene Feststellung des gegenwärtigen Besitzes des ursprünglichen Beklagten, setzten wir als selbstverständlich voraus. Die soeben mitgetheilten Quellenbestimmungen zeigen uns nun, dass wir bei dieser Supposition dem formalen Character des altgermanischen Processrechtes nicht genügend Rechnung getragen haben. Allerdings ist in dem recipere der Sache das Anerkenntniss des angerufenen Gewähren, die intertiirte Sache früher besessen zu haben, enthalten; von nicht geringerem Interesse ist es aber, dass diese Willenserklärung mit rechtlicher Wirkung lediglich durch die gedachte concludente Handlung abgegeben werden kann. Zur Begründung dieses von den Quellen aufgestellten Erfordernisses reicht nun die practische Erwägung, dass der in den Process eintretende Auctor die Sache schon deshalb in seiner Hand haben musste, um sie, falls er seinerseits weiter zur Gewähr zog, seinem Vorbesitzer zum Nachweise der Identität vorlegen zu können, nicht aus. Das ergiebt sich bereits aus den oben citirten Bestimmungen und wird durch den demnächst eingehender zu erörternden Titel 72 der lex Ribuaria mit zweifelloser Sicherheit bestätigt. Die wahre Bedeutung des mit dem Eintritt des Gewähren verbundenen Rückgabeactes kann daher unserer Meinung nach nur die sein, dass das germanische Recht auch bei den Vormännern des ursprünglichen Anefangsbeklagten unbedingt an dem formalen Erfordernisse festhielt [29]), welches bei dem Letzteren den

[28]) Vergl. oben S. 187.

[29]) Ein derartiger Formalismus kann im Rahmen des altgermanischen

Zwang zur substantiirten Antwort begründete. Damit der Gewährsmann in jeder Beziehung demjenigen, auf dessen Aufforderung er in den Process eintrat, gleichgestellt werden konnte, musste er als gegenwärtiger Besitzer der intertiirten Sache erscheinen. Da er aber in Wahrheit aufgehört hatte zu besitzen, musste sein Besitz für die Zwecke des Anefangsverfahrens künstlich wiederhergestellt werden, und das geschah eben durch die Retradition der Sache. Zieht man nun in Erwägung, dass das Schieben des corpus delicti beim Gewährszuge nicht blos in dem Anefangs-, sondern auch in dem Münzfälschungs-Verfahren begegnet, beachtet man ferner, dass auch die sämmtlichen übrigen Fälle, in denen die süddeutschen Quellen von einem „Schube" sprechen, dem Ungerichtsverfahren angehören, so muss man u. E. zu der Ueberzeugung gelangen, dass die Rückgabe der Sache an den eintretenden Gewähren auf strafprocessualische Gründe zurückzuführen ist. Die Fortwälzung der „leiblichen Beweisung" d. h. des aus dem Besitze der gestohlenen Sache hervorgehenden Verdachtsmoments erfolgt durch die körperliche Fortwälzung der Sache, der Trägerin dieses Verdachts. Der Zweck des Schiebens der Sache ist demgemäss das Schieben der in der Klage enthaltenen Beschuldigung, welche entweder bereits dadurch, dass der Gewähre die mit dem Anefang belastete Sache an sich nimmt, oder dadurch, dass der Kläger auf die nunmehr in dem Besitze des Gewähren befindliche Sache von Neuem Anefang erhebt, gegen den Letzteren gerichtet wird. Der ursprüngliche Beklagte, resp. der Auctor, welcher weiter zur Gewähr gezogen hat, wird dagegen durch die Rückgabe der Sache an den Vorbesitzer von dem Diebstahlsverdachte befreit oder, um den Ausdruck der Quellen zu gebrauchen, *„tu rechte loz."*

Rechtes gar nicht überraschen. Ist doch z. B. in dem Verfahren auf handhafter That das Aufbinden der „düve" ein so wesentliches Erforderniss für die Ueberweisung des Diebes, dass in Ermangelung der gestohlenen Sache eine andere zu Hülfe genommen wurde, und das zu frühzeitige Losbinden derselben die Freisprechung des Angeklagten nach sich zog. (Vergl. z. B. Freiberg. Stadtrecht c. 7 u. 20 bei Schott a. a. O. Bd. III S. 184—185. 210—212.) Für die Zeit der Volksrechte ist die hier erörterte Rechtsübung übrigens schon deshalb leicht verständlich, weil in dieser Periode auch der Besitz des ersten Beklagten lediglich durch einen formellen Act, nemlich durch den Anefang festgestellt werden konnte, während das Zugeständniss des Beklagten, die von dem Kläger in Anspruch genommene Sache zu besitzen, die manus immissio nicht ersetzte.

Diese Sätze zeigen uns die eminente Bedeutung, welche der mit Anefang belegten Sache nach der Anschauung der germanischen Quellen bei dem Gewährszuge zukommt. Die Sache ist das Dauernde im Anefangsverfahren, die in der Beklagtenrolle befindliche Person das Wechselnde. Nicht bloss beim Beginn des Processes, bei der Klageerhebung, sondern auch im weiteren Verlaufe desselben begründet die Sache die Passivlegitimation des jeweiligen Beklagten: denn obgleich die Sache von Hand zu Hand geht, richtet sich die Klage doch stets gegen ihren gegenwärtigen Besitzer, während derjenige, der sich ihrer in vorschriftsmässiger Weise entäussert hat, aus dem Processe ausscheidet. Diese Function der Sache, in welcher sie, wie oben hervorgehoben wurde, als das formale Substrat des Gewährszuges erscheint, ist aber in gleicher Weise, wie der Einfluss, den sie auf die Gestaltung des Anefangsbeweisrechts ausübt, auf ihre Eigenschaft als corpus delicti zurückzuführen.

Eine vollkommene Bestätigung für die soeben entwickelte Ansicht über die ursprüngliche Bedeutung der hier erörterten Rechtsübung bietet der Titel 72 der lex Ribuaria: „de homine intertiato vel pecore mortuo“[30]), welcher uns in die Lage setzt, zwei für unsere Argumentation wesentliche Puncte mit voller Sicherheit festzustellen. Einerseits enthält diese Quellenvorschrift nemlich den unzweideutigen Beweis dafür, dass die Retradition der Sache an den Auctor ein so wesentliches Erforderniss des Gewährszuges war, dass letzterer, wenn die Erfüllung dieser Voraussetzung unmöglich wurde, überhaupt nicht mehr stattfinden konnte. Und andererseits lässt sich aus ihr entnehmen, dass das Schieben der mit Anefang belegten Sache trotzdem in erster Linie, wenn nicht ausschliesslich eine auf processualischen, und zwar auf strafprocessualischen Gründen ruhende Formalität war. Letzteres festzustellen, ist aber deshalb von erheblichem Interesse, weil die Rückgabe der Sache an den Auctor auch im Rahmen der bürgerlichen Klage um Gut begegnet und demgemäss die Annahme naheliegt, dass dieselbe gerade in Rücksicht auf den von dem Kläger geltend gemachten Anspruch auf Herausgabe der Sache, d. h. also aus einem materiellen Rechtsgrunde erforderlich gewesen sei.

[30]) Vergl. über diesen Titel im Allgemeinen Sohm, Process, S. 112 ff., 119 ff. Siegel, Gerichtsverfahren, S. 252 ff. Zoepfl, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. III. S. 163.

Der Titel 72 der Lex Ribuaria unterscheidet nun einerseits ob Sclaven oder Thiere mit Anefang belegt worden sind, und andererseits ob dieselben gestorben oder abhandengekommen sind. Wir legen unserer nachstehenden Erörterung die letztere Eintheilung zu Grunde.

I. Untergang der Sache.

a) Sclaven.

Lex Ribuar. 72 c. 1. Si quis hominem interciaverit, et infra placitum mortuos fuerit, in quadruvio cum retorta in pede sepeliatur, et ibidem ad diem placitus cum testibus accidat, et cum ipsis sex, qui eum sepelire viderunt, in haraho coniuret, quod ibidem ipsi interciatus absque interfectionem hominum, pecodum vel alterus rei, nisi communem mortem consumptus, sepultus iaciat, et ipsam retortam in pedem habeat, et sic per ipsa retorta super ipso sepulchro semper de manu in manum ambulare debit, usque dum ad ea manu venit, qui eum inlicito ordine vindedit aut furaverit. Quod (si) ita non fecerit, capitale et dilatura cum legis beneficio seu confurtu culpabilis iudicetur. c. 3. Si autem eum interficerit, nisi in quadruvio cum retorta sepultus, ipsi capitale et dilatura cum texaga seu cenu werdunia vel legis beneficium culpabilis iudicetur.

b) Thiere.

Ibid. c. 6. Si autem animal intertiatus infra placitum mortuos fuerit, tunc illi, qui causam prosequitur, cum testibus memorare debet, qualiter adpreciatus fuerit, et illi, super quem interciatur, corio con caput decortigato in praesentia iudicis auctorem suum ostendere debet. Quod si auctor reciperet, tanto solido uno de cine werdunia pro corio restituat.

Nach c. 1 h. t. soll also der Anefangsbeklagte den intertiirten Sclaven, falls derselbe vor dem gerichtlichen Termine verstirbt, an einem Kreuzwege begraben, und zwar in der Art, dass ein an dem Fusse der Leiche befestigter Zweig aus der Erde hervorragt. An dem Terminstage soll er dann mit den Zeugen, welche der Beerdigung beigewohnt haben, an dem Grabe, an welchem sich übrigens auch das weitere Verfahren abspielt, beschwören, dass der intertiirte Sclave lediglich den gemeinen Tod gestorben sei und dort begraben liege. Sind diese Formalitäten

erfüllt, so geht der Sclave „durch den Zweig über dem Grabe“ von Hand zu Hand, während im gegentheiligen Falle der Anefangsbeklagte sachfällig wird und ausser dem capitale und der delatura auch die Diebstahlsbusse zu zahlen hat. Bei dem Tode eines mit Anefang belegten Thieres fällt dagegen, wie aus c. 6 h. t. hervorgeht, die in c. 1 geschilderte umständliche Procedur fort, das Fell des verstorbenen Thieres, von welchem die Kopfhaut nicht abgetrennt werden darf, tritt ohne Weiteres an die Stelle des ursprünglichen Streitgegenstandes. Welche Folgen Platz greifen, wenn der Anefangsbeklagte nicht einmal das Fell des Thieres vorbringen kann, wird zwar nicht ausdrücklich gesagt; aus dem Zusammenhange lässt sich jedoch entnehmen, dass er in diesem Falle sachfällig d. h. als Dieb verurtheilt wird.

Welche Schlüsse ergeben sich nun aus diesen Bestimmungen? Die in c. 6 angeordnete Aufbewahrung des Felles hat, wie aus den Worten „con caput decortigato“ hervorgeht, in erster Linie den Zweck, die Identität des verstorbenen Thieres einerseits mit dem intertiirten, andererseits mit demjenigen, welches der Anefangsbeklagte von seinem Auctor resp. dieser von seinem Gewährsmanne erworben hat, festzustellen. Auch ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber ausdrücklich hervorheben wollte, dass die körperlichen Ueberreste der gestohlenen Sache dem civilen Rückforderungsanspruche des Anefangsklägers unterliegen; denn das Fell des gefallenen Thieres hat ja Vermögenswerth, und zwar nach den Anschauungen jener Zeit einen erheblich höheren Antheil an dem Werthe der ganzen Sache als heutzutage.[31]) Dass endlich in c. 6 gar kein Gewicht darauf gelegt wird, ob der Tod des Thieres durch Zufall oder durch Verschulden des Besitzers verursacht worden ist, dürfte sich daraus erklären, dass der Anefangsbeklagte, solange er die Sache unter sich hat, die Gefahr trägt[32]) und von dem Auctor unter allen Umständen nur für den Werth des Felles Ersatz verlangen kann.[33])

[31]) Roscher, Grundlagen der Nationalökonomie, Bd. I. Aufl. 12, S. 286 und 288 Anm. 1.

[32]) Das wird ausdrücklich ausgesprochen in c. 4 h. t.: „si autem aliquid culpa emiserit, dum intertiatus est, ipsi ex hoc culpabilis iudicetur, qui eum eo tempore post se reteneat.“

[33]) Vergl. den Schluss des c. 6 cit. Nach c. 7 ibid. kann Beklagter

Von viel grösserem, principiellem Interesse, als diese Vorschriften, ist das den Tod von intertiirten Knechten behandelnde c. 1 h. t. Das hier angeordnete feierliche Begräbniss des Sclaven am Kreuzwege unter Zuziehung von Zeugen, welche später vor Gericht die Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten bewahrheiten müssen, soll den Beweis für den Tod des homo intertiatus und für die Todesursache sichern. Aus der Aussage dieser Zeugen wird sich dann gleichzeitig die Identität des in ihrer Gegenwart beerdigten Sclaven mit dem unter dem Beklagten mit Anefang belegten ergeben. Das c. 1 cit. erfordert aber weiter noch, dass die Leiche des Sclaven „cum retorta in pede“ begraben werden soll. Würde dieser aus der Erde hervorragende Zweig lediglich zur Bezeichnung der Begräbnissstätte dienen, so wäre es im höchsten Grade auffallend, dass die Lex Ribuaria ein so grosses Gewicht darauf legt, dass derselbe an dem Fuss der Leiche befestigt wird. Auch entsteht die Frage, aus welchem Grunde es denn überhaupt erforderlich war, das Grab des verstorbenen Sclaven in dieser Weise zu kennzeichnen und an ihm die weitere Verhandlung des Rechtsstreits stattfinden zu lassen; denn die Zeugen, welche der Beerdigung beigewohnt haben, hätten den wesentlichen Inhalt ihrer Aussage, dass der mit Anefang belegte Sclave den gemeinen Tod gestorben sei, auch vor Gericht ablegen können. Der Fortgang des c. 1 cit. beweist nun, dass die in ihm vorgeschriebene Procedur nicht bloss eine mit alterthümlichen Formalitäten umgebene Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniss ist, sondern, dass dieselbe gleichzeitig einem weitergehenden Zwecke dient. [34]) Das Erforderniss, dass

die Rückzahlung des ganzen Kaufpreises nur dann verlangen, wenn er das Thier „sanum vel immaculatum restituerit“; ist dasselbe dagegen „debilitatum vel macilendum“, so ist er nur zum Ersatze des Werthes, welchen die Sache in diesem Zustande hat, verpflichtet (quantum eo tempore adpreciatus fuerit, sic de cenu werdunia restituat). — Das im Text Bemerkte bezieht sich übrigens nur auf das Verhältniss des Anefangsbeklagten zu seinem Auctor, während es dahingestellt bleiben muss, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen Beklagter dem Anefangskläger gegenüber wegen einer nach Erhebung des Anefangs erfolgten Beschädigung der intertiirten Sache haftbar wurde.

[34]) Zum Beweise für die gegentheilige Ansicht, dass die in c. 1 h. t. geschilderte Procedur lediglich dem Zwecke dient, den Tod des Sclaven und die Todesursache in formeller Weise festzustellen, könnte man sich darauf berufen, dass nach dem c. 5 h. t. auch der „homo commendatus vel

die Leiche „retortam in pedem habeat“ erklärt sich nemlich daraus, dass dieselbe „per ipsam retortam de manu in manum ambulare debet“ d. h. dass sie vermittelst des an ihr befestigten Zweiges von dem Anefangsbeklagten auf seinen Gewähren und von diesem wieder auf den seinigen geschoben

fugitivus defunctus similiter in quadruvio cum retorta“ begraben werden soll. Bei Verabsäumung dieser Massregel hat derjenige, „qui eum post se retenuit“, das „precium rei cum legis beneficio“ zu zahlen. Unterstützt wird diese von der unsrigen abweichende Auffassung des hier erörterten Actes auch durch den Umstand, dass die dem Begräbnisse am Kreuzwege der Wirkung nach gleichstehende Aufbewahrung und Vorzeigung des Felles gefallener Thiere eine den germanischen Quellen durchaus geläufige Form der leiblichen Beweisung für den casuellen Untergang einer Sache ist, zu deren Herausgabe an einen Dritten der derzeitige Inhaber verpflichtet ist. Vergl. z. B. Lex Baiuvar. XV., 1; Sachsensp. III, 10 § 3; Schwabensp. (Gengler) c. 220; Deutschensp. c. 208; Rechtsb. nach Distinct. IV 38 dist. 4, sowie Sohm, Process, S. 113 und Stobbe, Vertragsrecht, S. 216. Unserer Meinung nach wäre jedoch eine derartige Argumentation nicht stichhaltig. Das c. 5 cit. dürfte in erster Linie, wenn nicht ausschliesslich (genauere Bestimmungen über servi fugitivi enthält die Lex Ribuaria meines Wissens überhaupt nicht), den in Lex Ribuar. 73 behandelten Fall, dass ein auf handhafter That ertappter Dieb einem Dritten zur Bewachung übergeben ist, betreffen. Das in ihm erwähnte „legis beneficium“ wäre demgemäss mit der in Lex Ribuar. 73 c. 4 angedrohten Busse identisch, während das „precium rei“ nicht auf den Werth des „homo defunctus“, sondern auf den der im Besitze des Diebes befindlichen Sache zu beziehen wäre. Enthält das c. 5 cit. hiernach lediglich eine Specialvorschrift, so steht dasselbe der bereits durch die ganze Anordnung des Titels 72 nahegelegten Annahme, dass das solenne Begräbniss „in quadruvio cum retorta“ für den Fall des c. 1 cit. geschaffen und auf den Fall des c. 5 cit. nur übertragen worden sei, nicht entgegen. Es muss daher, wenn man die Verbindung, in der die retorta zu dem Gewährszuge steht, in Betracht zieht, als zulässig angesehen werden, eine Deutung für diesen symbolischen Act zu suchen, welche sich an die speciellen Voraussetzungen des c. 1 h. t. anlehnt. Auf einer ähnlichen Schlusssetzung, wie der dem Text zu Grunde liegenden, beruht auch die ansprechende und m. E. vollkommen befriedigende Erklärung, welche Pappenheim in seiner Habilitationsschrift über „die Entstehung der altdänischen Schutzgilden“ (Breslau 1884), S. 23 ff. von dem Gehen unter den Rasenstreifen bei Eingehung der Blutsbrüderschaft giebt. — Sollte aber selbst angenommen werden müssen, dass die in c. 1 cit. geschilderte Solennität sich ursprünglich lediglich als eine Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse characterisirt, und dass speciell die retorta zunächst nur zur Kennzeichnung der Grabstätte gedient habe, so würde immer noch die Thatsache bestehen bleiben, einerseits, dass nicht bloss das „coniurare in haraho“, sondern das ganze weitere Verfahren an dem Grabe stattfindet, und andererseits, dass der Eintritt des Gewähren von der Be-

wird, bis sie schliesslich an den Dieb gelangt. Diese Vorschrift kann bei Vergleichung der am Eingange dieses Paragraphen citirten Quellenzeugnisse nur dahin verstanden werden, dass für den Sclaven, dessen Rückgabe an den Auctor durch die Beerdigung[35]) unmöglich geworden ist, ein körperlicher Ersatz geschaffen werden muss, welcher beim Gewährszuge an seine Stelle tritt. Die nunmehr als „schub" (leibliche Beweisung) fungirende retorta ist aber nicht lediglich Symbol; sie bildet vielmehr, da sie mit dem Fusse des Sclaven verbunden ist, gewissermaassen eine Handhabe, deren Berührung mittelbar auch die unter der Erde liegende Leiche ergreift. Durch diesen Zweig wandert daher der intertiirte Sclave selbst von Hand zu Hand, wie er im Leben direct vom Anefangsbeklagten dem Gewähren und von diesem seinem Vormanne zugeschoben worden wäre. Das an der Leiche befestigte Leibzeichen dient demgemäss dazu, den Sclaven nach seinem Tode für die Zwecke des Anefangsverfahrens fortzuerhalten: das Ergreifen der retorta ersetzt das recipere der Sache.

Hiernach kann aus dem c. 1 cit. mit voller Sicherheit entnommen werden, dass bei dem Anefangsverfahren im Allgemeinen und bei dem Gewährszuge im Besonderen das Vorhandensein einer körperlichen Unterlage gerade aus formalen Gründen erfordert wird. Der Tod des Sclaven ist vom civilrechtlichen Standpuncte aus totaler Sachuntergang; die zurückbleibenden Ueberreste sind werthlos. Hier ist demgemäss die Annahme völlig

rührung der retorta begleitet wird. Hiernach würde das im Text Gesagte zwar insofern eine Aenderung erleiden, als das an die Stelle der Sache tretende Leibzeichen nicht direct für den Gewährszug, sondern zunächst und in erster Linie zu einem anderen Zwecke geschaffen worden wäre. Diese Modification würde jedoch den Kern unserer Schlusssetzung unberührt lassen, da es für uns lediglich auf die Feststellung ankommt, dass nach Wegfall der Sache selbst ein anderer körperlicher Gegenstand von rein symbolischer Bedeutung de manu in manum geschoben wurde, und dass dieses Leibzeichen für die Durchführung des Gewährszuges so wesentlich war, dass Letzterer ohne dasselbe überhaupt nicht stattfinden konnte. Ob zur Erreichung dieses Zwecks die ihrer eigentlichen Bestimmung nach zur Kennzeichnung der Grabstätte dienende retorta oder irgend ein anderes Symbol verwerthet wurde, ist dagegen von unserem Standpunkte aus völlig gleichgültig.

[35]) Nicht schon durch den Tod, da dem Schieben der Leiche an sich nichts entgegenstehen würde.

ausgeschlossen, dass das Weiterschieben der Leiche mittelst der retorta dazu bestimmt sei, den Gegenstand, auf welchen sich der reipersecutorische Anspruch des Anefangsklägers richtet, durch den Gewährszug in die Hand des Letzteren zurückzubringen. Vielmehr kann, da der Sclave als Object von Vermögensrechten aufgehört hat zu existiren, dem an seine Stelle tretenden Leibzeichen nur noch eine processualische Bedeutung zukommen. Hieraus ergiebt sich aber die Folgerung, dass auch das Schieben des Felles gefallener Thiere und das Schieben der Sache selbst entweder ausschliesslich oder wenigstens in erster Linie als eine mit dem Eintritt des Gewähren verbundene Formalität anzusehen ist.[36]) Fällt die mit Anefang belegte Sache weg, ohne

[36]) Ein Bedenken gegen diese Erklärung des c. 1 cit. kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass der Anefangsbeklagte nicht bloss den Tod des intertiirten Sclaven, sondern weiter auch den Umstand zu beweisen hat, dass letzterer „absque interfectione hominum, pecudum uel alterius rei, nisi communi morte consumptus ibidem sepultus iaceat". Da der Sclave nach unserer Ansicht durch die retorta vollständig ersetzt wird, lässt sich freilich nicht absehen, wie die Ursache seines Todes überhaupt in Betracht kommen kann. Es liegt daher nahe, bei der Interpretation dieses Passus auf civilrechtliche Erwägungen zurückzugreifen. Die Vergleichung des c. 6 und 7 h. t. lehrt jedoch, dass auch dieser Weg nicht zum Ziele führen kann. Denn da der Anefangsbeklagte, wenn er als Dieb verurtheilt wird, dem Kläger ohnehin das capitale zu entrichten hat, und da ferner der Gewähre in keinem Falle zur Erstattung des für die inzwischen untergegangene Sache gezahlten Kaufpreises verpflichtet ist, ist die Todesursache für die Regelung der Civilansprüche der Parteien gewiss gleichgültig. Auch die Annahme, dass jene Beweisführung des Beklagten darauf hinziele, den Verdacht der vorsätzlichen Beiseiteschaffung des intertiirten Sclaven abzuwenden und gleichzeitig einem etwaigen von dem Anefangskläger zu erhebenden, persönlichen Anspruche auf Schadensersatze vorzubeugen, muss als ausgeschlossen angesehen werden. Einerseits richtet sich nemlich der Schwur des Beklagten nicht, wie Zoepfl, Rechtsgeschichte, Bd. III S. 163 annimmt, darauf, dass ihn keine Schuld an dem Tode des Thieres treffe, sondern darauf, dass letzteres ohne äussere Einwirkung seitens irgend eines Menschen, eines anderen Thieres oder eines beliebigen anderen Gegenstandes gestorben sei. Und weiter bleibt es bei Zugrundelegung dieser Interpretation (insbesondere, wenn man die auf Thiere bezüglichen Vorschriften zur Vergleichung heranzieht) unverständlich, warum der Beklagte, falls der Sclave auf andere Art als durch den gemeinen Tod umgekommen ist, auch zur Zahlung der Diebstahlbusse verurtheilt, und diese nicht vielmehr unter Fortsetzung des Verfahrens von dem Diebe beigetrieben wird. Da nichtsdestoweniger ein Zweifel darüber, dass der hier erörterte Passus zu dem wesentlichen Inhalte des von dem Beklagten zu

dass ein körperlicher Ersatz für sie vorhanden ist, so wird die Gestellung des Auctors, zu welcher sich der Anefangsbeklagte bei der Einlassung auf die Klage erboten hatte, unmöglich. Dementsprechend wird Beklagter, weil er die von ihm begonnene Vertheidigung nicht durchführen kann[37]), in vollem Umfange sachfällig und zur Zahlung des capitale, der dilatura und der Diebstahlsbusse verurtheilt.

erbringenden Beweises gehört, nicht wohl möglich ist, dürfte vielleicht folgende Vermuthung Beachtung verdienen. Unserer Meinung nach liegt nemlich der Lex Ribuaria die Auffassung zu Grunde, dass der Tod des homo intertiatus den Gewährszug überhaupt unmöglich machte und dass, da die Gegenwart der Sache gerade für die Vertheidigung erforderlich ist, der Beklagte im vollen Umfange die Gefahr tragen müsse. Als eine dieses ius strictum mildernde Ausnahme erscheint dann die in c. 1 vorgeschriebene Procedur, welche in dem Falle eintritt, der in germanischen Quellen so häufig als der Typus des Zufalls behandelt wird, in dem Falle des „gemeinen Todes". (Vergl. Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, S. 215 ff., insbesondere S. 257 ff. und über das „perir de li meismes" der französischen Quellen Franken, Geschichte des französischen Pfandrechts, S. 324 ff.) Dahingestellt mag dabei bleiben, ob das Nichtvorhandensein äusserer Verletzungen an der Leiche nicht schon deshalb vorausgesetzt wurde, weil die Todesursache durch die zu der Beerdigung zugezogenen Zeugen dargethan werden musste, und letztere regelmässig nicht in der Lage waren, sich darüber Gewissheit zu verschaffen, von wem und auf welche Art dem Sclaven eine solche Verletzung beigebracht worden war. Die vorstehende Interpretation des in Frage stehenden Passus gewinnt bei Vergleichung der sofort zu erörternden cc. 2. 8 h. t., welche von dem Abhandenkommen intertiirter Sachen handeln, noch grössere Wahrscheinlichkeit. Die letztgedachten Bestimmungen ergeben nemlich unzweifelhaft, dass der Anefangsbeklagte nach dem ältesten Rechte auch dann, wenn ihm die Erfüllung der von ihm übernommenen, processualischen Verpflichtung, den Gewähren zu gestellen, ohne sein Verschulden unmöglich geworden war, als Dieb verurtheilt wurde. Das altgermanische Strafverfahren bewegt sich eben in den Formen des Civilprocesses und weit davon entfernt, nach materieller Wahrheit zu streben, bringt es die civilrechtlichen Grundsätze über die Tragung der Gefahr auch da zur Anwendung, wo die Feststellung einer dem Beklagten zur Last gelegten strafbaren Handlung in Frage steht. In diesem Sinne können wir den Bemerkungen, welche Sohm, Process, S. 118 ff. an den Titel 72 der Lex Ribuaria knüpft, von unserem Standpunkte aus vollständig beipflichten.

[37]) Dass hierin der juristische Grund für die Verurtheilung des Anefangsbeklagten zur Zahlung der Diebstahlsbusse liegt, ergiebt sich mit besonderer Deutlichkeit aus dem c. 3 h. t., welches diese Rechtspflege gerade wegen der Verabsäumung des „in quadruvio retorta sepelire" eintreten lässt, den von dem Beklagten zu erbringenden Zeugenbeweis dagegen nicht erwähnt.

II. Abhandenkommen der Sache.

Die Lex Ribuaria behandelt zwei unter diese Rubrik gehörige Fälle nemlich:

a) Flucht des intertiirten Sclaven und

b) Verlust des intertiirten Thieres durch Diebstahl.

a) Lex Ribuar. 72 c. 2. Si autem ei fuga lapsus fuerit, si infra ducatum, super quattuordecim noctes; si extra ducato, super 40 noctes; quod si extra regno, super 80 placitus ei concidatur. Quod si infra placitum eum repraesentare non potuerit, capitale et dilatura seu texaga vel legis beneficio culpabilis iudicetur.

b) Ibid. c. 8. Quod si furtu ablatus fuerit, tunc illi, super quem interciatus fuerit, capitale et dilatura cum texaga culpabilis iudicetur.

Auch aus diesen Bestimmungen ergiebt sich, dass die Fortsetzung des Anefangsverfahrens unmöglich wird, wenn die intertiirte Sache nicht zu dem gerichtlichen Termine herbeigeschafft werden kann. Hier ist aber, da die Sache noch existirt, die Unterschiebung eines körperlichen Ersatzes ausgeschlossen, und treten demgemäss die Folgen, welche beim Untergange der Sache durch die Aufbewahrung eines Leibzeichens abgewendet werden können, beim Abhandenkommen derselben unter allen Umständen ein. Einer Erklärung bedarf hiernach nur noch die Thatsache, dass bei der Flucht des intertiirten Sclaven dem Anefangsbeklagten eine Frist zur Herbeischaffung desselben gewährt[38]), bei dieblichem Verlust des intertiirten Thieres dagegen eine gleiche Rücksicht anscheinend[39]) nicht geübt wird. Siegel[40])

[38]) Siegel, Gerichtsverfahren, S. 256 nimmt m. E. mit Recht an, dass der Anefangsbeklagte, bevor ihm diese Frist bewilligt wurde, beschwören musste, der Sclave sei ihm gegen seinen Willen entflohen. Vergl. Lex Ribuar. 30 c. 2, welches in dem hier erörterten Falle analog anzuwenden ist: quod si fuga lapsus fuerit, ad placitum veniens cum tribus testibus in haraho coniurit, quod servus illi extra eius voluntate fuga lapsus fuerit, et sic denuo placitus ei concidatur.

[39]) Das Schweigen des c. 8 cit. könnte freilich auch dahin gedeutet werden, dass eine unnütze Wiederholung der in c. 2 enthaltenen Einzelvorschriften vermieden werden sollte, im Uebrigen aber als selbstverständich vorausgesetzt wurde, dass die Bestimmung des c. 2 in dem Falle des c. 8 analoge Anwendung finde. Diese Annahme ist jedoch an sich und aus den im Texte angeführten Gründen im höchsten Grade bedenklich.

[40]) Gerichtsverfahren, S. 256. — Der hiergegen von Sohm, Process

nimmt an, der Grund der verschiedenen Behandlung dieser beiden Fälle liege darin, dass die Behauptung des Anefangsbeklagten, die Sache durch Diebstahl verloren zu haben, von vorneherein als eine eitele Ausflucht angesehen worden sei. Höchstwahrscheinlich beruht jedoch die Versagung der Frist in c. 8 cit. auf der Erwägung, dass zur Wiedererlangung einer entwendeten Sache ein gerichtliches Verfahren erforderlich sei, dessen Dauer und Resultat überhaupt nicht vorausbestimmt werden könne. Dieser Umstand lässt freilich die Härte der Vorschrift, dass der Anefangsbeklagte in diesem Falle auch die Diebstahlsbusse zu zahlen hat, noch schärfer hervortreten; denn die Busse, welche derselbe eventuell von „seinem" Diebe erhielt, kann doch unmöglich als Ersatz für die von ihm selbst geleistete angesehen werden. Möglich ist es freilich, dass dem Anefangsbeklagten, wenn er später den Besitz der von ihm entwendeten Sache wiedererlangt hatte, das Recht zustand, in ähnlicher Art, wie dieses in Edict. Roth. c. 232[41]) vorgesehen ist, die Wiederaufnahme des Anefangsverfahrens zu beantragen. Diese Vermuthung hat jedoch wenig Wahrscheinlichkeit für sich, da die spätere Gesetzgebung die in dem c. 8 cit. liegende Härte als solche anerkennt und zu mildern sucht.

> Capitul. Leg. Ribuar. add. d. a. 803. c. 12 (Monum. Germ. hist. Leg. lect. II t. I. p. 118). Si res interciata furto ablata fuerit, liceat ei, super quem res interciata fuerit, sacramentum se excusare de furto, nec suae voluntatis aut conscientiae fuisse, quod ablatum est; et tantum sine dampno restituat.

Hier wird also dem Anefangsbeklagten, welchem die intertiirte Sache entwendet worden ist, das Recht eingeräumt, zu beschwören, dass die Sache nicht mit seinem Wissen und Willen weggeschafft worden sei. Leistet er diesen Eid, so darf er sich auch von der Diebstahlsbeschuldigung reinigen, muss aber trotz-

S. 120, Anm. 5, erhobene Einwand, das c. 8 cit. setze wirklich voraus, dass die intertiirte Sache gestohlen worden sei (*arg.*: „quod si furtu ablatus fuerit"), erweist sich bei Vergleichung des Sprachgebrauchs der Lex Ribuaria als unzutreffend. Mit gleichem Rechte könnte Sohm behaupten, dass der Gesetzgeber in den häufig begegnenden Stellen, in denen es z. B. heisst: „si interfecerit . . ., componat aut iuret", dem Beklagten den Rath ertheilen wollte, einen Meineid zu leisten.

[41]) Vergl. hierüber unten § 15.

dem das capitale[42]) ersetzen. Die Gestellung des Auctors[43]) findet aber auch nach diesem neuen Gesetze nicht statt, eine weitere Bestätigung für unsere Ansicht, dass der Gewährszug ohne die körperliche Gegenwart der Sache unmöglich sei.

In den Quellen des späteren Mittelalters finden sich nur wenige Bestimmungen, in welchen von dem Untergange oder von dem Abhandenkommen der intertiirten Sache gehandelt wird. Von besonderem Interesse ist die folgende Stelle, in welcher jedoch die specielle Beziehung auf den Gewährszug fehlt:

> Brünner Schoeffenb. c. 97. ... Item si equus arrestatus et pecunia taxatus, antequam dies judicii, in quo obtineri debet, venerit, moriatur: obtentor super cute equi cum testibus iurabit sicut in equo si viveret, iurasset; si autem equum per furtum vel spolium amiserit, in cruce iurabit cum testibus, et si ipse vel aliquis testium in juramento ceciderit, taxam solvet.

Vergleicht man diese ziemlich unklare Bestimmung mit ihrer Quelle, der Brünner Schöffensatzung No. 208[44]), so scheint angenommen werden zu müssen, dass in ihr vorausgesetzt wird, der Anefangskläger habe die Sache sofort nach erfolgter arrestatio in seine Gewahrsam genommen. Der in c. 97 erwähnte von dem obtentor in Gemeinschaft mit Zeugen abzuleistende Eid ist demgemäss derjenige, durch welchen sich der Kläger nach Brünner Recht „zu der Sache zieht", und welcher, wie in zahlreichen Quellen angeordnet wird, unter feierlicher Ergreifung der letzteren geschworen wird.[45]) Die obige Vorschrift lässt nun wenigstens im Falle des Todes eines geanefangten Thieres das Fell an die Stelle desselben treten, derart, dass der Kläger jetzt über dem Fell in gleicher Weise schwört, wie er, wenn

[42]) Die Lesart „aliud tantum" statt: „tantum" würde sich, was Siegel a. a. O. S. 256 Anm. 10 zu verkennen scheint, gleichfalls auf einfachen Werthsersatz beziehen. Vergl. auch Sohm, Process, S. 121.

[43]) Dass in Lex Ribuar 72 c. 2, 8 und in dem obigen Capitulare stillschweigend vorausgesetzt wird, dass der Anefangsbeklagte zur Gewähr gezogen hatte, nehmen auch Siegel a. a. O. S. 256 und Sohm, Process, S. 210, an. Das „sacramentum se excursare de furto" bezieht sich also wahrscheinlich nicht auf einen von dem Beklagten zu leistenden Unschuldseid, sondern auf den Nachweis des von ihm behaupteten Erwerbsgeschäfts. Jedenfalls wird in dem oben citirten c. 12 vorausgesetzt, dass Beklagter zunächst substantiirt geantwortet hat.

[44]) Rössler a. a. O. Bd. II S. 397. Vergl. auch ebenda S. CXII u. CXIII.

[45]) Vergl. oben S. 127 ff.

das Pferd lebte, über diesem geschworen hätte. Ist dagegen das Pferd gestohlen oder geraubt worden, so wird der Eid des Klägers auf dem Kreuz abgeleistet. Andere Quellen ordnen an, dass diejenige Partei, welche zum Vorbringen der Sache verpflichtet ist und diese Verbindlichkeit nicht erfüllen kann, unter allen Umständen einen körperlichen Ersatz für die untergegangene oder abhanden gekommenene Sache vor Gericht gestellen muss. Vergl.:

Goslar. Statuten S. 99 Z. 25—30. Wert emme en pert oder ve gheanevanghet, des men sich vormit vor gherichte to bringhende, sterft it dar en binnen, de dat in weren heft beholden, mot also gut also dat pert oder ve was, do it gheanevanghet wart, oder dat ghelt, dar it up ghescattet wart, vor gherichte bringhen to dem selvem rechte alse men dat perd oder ve vore bringhen scolde.

Braunschw. Stadtrecht (Ottonisches, c. 24. Haenselmann, Urkundenbuch, S. 5). Is he umbeseten he sal besetten dat he it vore bringe oder des perithes widergelt.

Diese Vorschriften lassen nun allerdings die principielle Umgestaltung, welche die Anefangsklage seit der Zeit der Volksrechte erfahren hat, deutlich genug erkennen. An Stelle des Felles oder eines reinen Symbols wird hier der Ersatz des Werthes von dem Besitzer der untergangenen Sache gefordert, sei es in Geld, sei es durch Gewährung einer gleich guten Sache derselben Gattung. Ein Anklang an das alte Recht tritt aber darin hervor, dass die „res similis" oder das „*widergelt*" vor Gericht gebracht werden muss und dort zu demselben Rechte steht, wie der ursprüngliche Streitgegenstand. Trotzdem also der Untergang der mit Anefang belegten Sache in diesen Quellen lediglich vom civilrechtlichen Standpuncte in Betracht gezogen wird, ist das Bedürfniss nach einer körperlichen Unterlage des Anefangsverfahrens noch nicht verschwunden, ein Umstand, welcher schon deshalb besondere Beachtung verdient, weil gerade in den Goslarischen Statuten die Wiederholung des Anefangs gegen den Gewähren ausdrücklich angeordnet wird.[46])

[46]) Vergl. die oben S. 199 mitgetheilte Bestimmung.

§ 12.

(Schluss.)

III. Die einzelnen Bestimmungen über den Gewährszug.

In den vorhergehenden beiden Paragraphen haben wir die für die principielle Auffassung des Gewährszuges grundlegenden Fragen erörtert. Jetzt soll schliesslich noch der Nachweis erbracht werden, dass die von uns entwickelte Ansicht auch mit denjenigen dieses Rechtsinstitut betreffenden Vorschriften, zu deren Besprechung sich bisher keine Gelegenheit ergeben hat, vereinbar ist. Wir beschränken uns dabei im Wesentlichen auf eine Zusammenstellung des überlieferten Quellenmaterials unter gleichzeitiger Verweisung auf die Ausführungen Sohms[1]), Laband's[2]) und Planck's[3]). Eingehender beschäftigen werden wir uns nur mit solchen für unsere weitere Schlusssetzung erheblichen Puncten, welche bei den genannten Schriftstellern nicht genügende Berücksichtigung gefunden haben.

A. Substantiirung und processualische Geltendmachung der den Gewährszug herbeiführenden Einrede.

Die Lex Salica[4]) lässt den Gewährszug dann eintreten, wenn der Anefangsbeklagte die Behauptung aufstellt, die intertiirte Sache durch Kauf oder Tausch von einem ihm bekannten Dritten erworben zu haben. Sie bezeichnet den Auctor als den „negotiator" des Beklagten, als denjenigen, „qui caballo ipso aut venderit aut cambiaverit aut fortasse in solutionem dederit".[5]) Nach der Lex Ribuaria[6]) genügt es zwar, wenn Beklagter geltend macht, dass der von ihm angerufene Auctor „ei ipsam rem dedit", „quod ei ab alio homine res tradita non fuisset"; auch dieses Volksrecht denkt jedoch, wie der das „recipere" der „cinewerdunia" betreffende Passus ergiebt, in erster Linie an ein zwischen dem Beklagten und seinem Vormann abgeschlossenes Kaufgeschäft.

[1]) Process, S. 107 ff.

[2]) Vermögensrechtliche Klagen, S. 98 ff., 124 ff.

[3]) Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 831 ff.

[4]) Tit. 37.

[5]) Lex Salic. 47 c. 1.

[6]) Lex Ribuar. 33 c. 1. 2.

Das Gleiche gilt von den übrigen Volksrechten[7]), sowie von dem Gros der Quellen des späteren Mittelalters[8]), in denen der Gewährszug fast nur bei dem Erwerbe durch Kauf oder durch Schenkung erwähnt wird.

Soviel ist nun von vornherein klar, dass keine der angezogenen Quellenvorschriften den Zweck im Auge hat, die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Gewährszuges in erschöpfender Weise zu bestimmen. Liegt doch bereits in dem Umstande, dass zahlreiche Rechtsaufzeichnungen ausschliesslich den Verkäufer als „rechten Gewähren" nennen, ein unzweideutiger Beweis dafür, dass dieselben sich darauf beschränken, eine einzelne und zwar die practisch wichtigste der zum Ziehen auf den Auctor verpflichtenden Einreden herauszugreifen und als typisches Beispiel zu behandeln. Das Schweigen dieser Quellen über weitere Anwendungsfälle des Gewährszuges rechtfertigt also für sich allein keineswegs die von Sohm[9]) aufgestellte Ansicht, dass der Gewährszug nur dann Platz gegriffen habe, wenn Beklagter seinen Besitz durch Berufung auf einen Eigenthumserwerbstitel zu legitimiren suchte. Nichtsdestoweniger verdient diese Behauptung Sohm's schon deshalb Beachtung, weil sie durch einige aus der Zeit des späteren Mittelalters herrührende Quellenzeugnisse wenigstens scheinbar unterstützt wird. In Rücksicht auf das principielle Interesse, welches die letztgedachten Vorschriften für sich in Anspruch nehmen, scheint es geboten, dieselben bereits an dieser Stelle eingehender zu erörtern. Ihr volles Verständniss werden wir freilich erst gewinnen, wenn wir unten im zweiten Abschnitte die Aenderung, welche sich inzwischen hinsichtlich der Gesammtauffassung der Anefangsklage vollzogen hat, näher beleuchtet haben.

[7]) Vergl. z. B. Edict. Rothar. c. 232. Lex Visigoth. VII. 2. 8. Lex Baiuvar. IX. 7 und die im weiteren Verlaufe dieses Paragraphen citirten Bestimmungen der angelsächsischen Gesetze.

[8]) Vergl. die zahlreichen im Fortgange dieses Paragraphen citirten Quellenzeugnisse; über diejenigen Stellen, in denen die den Gewährszug herbeiführende Einrede weiter gefasst ist, wird demnächst gehandelt werden.

[9]) Process S. 98 ff. Bruns, Recht des Besitzes, S. 311, nimmt dagegen an, dass auch die Behauptung, die Sache geliehen oder zur Verwahrung erhalten zu haben, auf die Geltendmachung eines Rechts an der Sache hinziele und dass der von dem Beklagten als Deponent oder Commodant benannte Dritte als Gewähre gestellt werden müsse.

Der Sachsenspiegel und Richtsteig Landrechts unterscheiden nemlich in der That, der Ansicht Sohm's entsprechend, ob der Anefangsbeklagte, welcher die Gewahrsam der intertiirten Sache von einem Dritten überkommen zu haben behauptet, ein eigenes Recht an der letzteren geltendmacht oder angiebt, in fremdem Namen zu besitzen. Nur in dem ersten Falle findet nach dem Wortlaut dieser beiden Quellen ein Gewährszug im technischen Sinne statt, während der Commodatar, Depositar etc. seinen Contrahenten zwar gleichfalls vorlädt, jedoch anscheinend lediglich aus dem Grunde, weil *„he enes anderen mannes gut mit vorlisen edder vorwerken ne moge."*[10]) Das ergiebt sich zunächst aus folgender Stelle:

> Sachsensp. III, 5 § 1. Svat so man enem manne liet oder düt to behaldene openbare, mach he dat getügen selve dridde, man ne mach ine düve noch roves tien dar an. Dries over viertennacht sal man aver jenen vore laden vore to stande sin gut, of he wille; ne dut he's nicht, man geweldeget is jenen die dar up klaget; den dach sal man aver kündigen, die dat gut under ime hevet, jeneme de't ime dede mit orkünde to hove unde to huse, of he's ane scaden bliven wel.[11])

Es muss nun dahingestellt bleiben, ob die hier vorgeschriebene dreimalige Ladung[12]) der von dem Anefangsbeklagten als Vorbesitzer benamten Person nur dann stattfand, wenn Ersterer sich auf Leihe oder Depositum berufen hatte. Die sächsischen Quellen des späteren Mittelalters geben uns nemlich keinen Aufschluss darüber, wie sich das Verfahren gegen den als Gewähren

[10]) Richtst. Landr. 14 § 1; vergl. Sachsensp. II. 31 § 3.

[11]) Vgl. ferner Richtst. Landr. c. 14 § 1—5. Glogauer Rechtsbuch (Wasserschleben) c. 161. Blume von Magdeburg (Boehlau) II. c. 7—9. 153.

[12]) Diese Vorschrift lässt, insbesondere wenn man Richtst. Landr. c. 14 § 2. 3 zur Vergleichung heranzieht, keinen Zweifel darüber, dass es sich hier um ein gewöhnliches Ungehorsamsverfahren handelt. Zweifelhaft kann mir erscheinen, ob der ausbleibende Auctor als „um Gut Beklagter", welcher seine Ansprüche auf die Sache, oder als „um Schuld Beklagter", welcher seine Ansprüche aus dem Verwahrungsvertrage nicht geltend gemacht hat, aufgefasst wird. Ueber das sächsische Contumacialverfahren im Allgemeinen vergl. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. II. S. 268 ff. und Homeyer, Richtst. Landrechts, S. 450.

in Anspruch genommenen Verkäufer, Schenker etc., welcher in dem gerichtlichen Verhandlungstermine ausblieb, gestaltete.[13]) Insbesondere wissen wir nicht, ob das Erscheinen desselben direct erzwungen werden konnte, und ob ein etwa gegen ihn eintretendes Contumacialverfahren nach den für bürgerliche oder peinliche Klagen geltenden Grundsätzen verlief. Mit Sicherheit lässt daher die obige Bestimmung des Sachsenspiegels nur insofern eine Abweichung von dem den Gewährszug beherrschenden Princip erkennen, als sie mit besonderer Betonung hervorhebt, der Deponent resp. Commodant brauche nur dann zu erscheinen und „vore to stande sin gut, of he wille“. Aus diesen Worten ergiebt sich, dass die an den „Eigenthümer“ einer verliehenen oder deponirten Sache gerichtete Aufforderung zur Uebernahme der Beklagtenrolle ausschliesslich in dessen eigenem Interesse und nicht in dem des Anefangsbeklagten erfolgt. Dementsprechend zieht das Ausbleiben des Deponenten resp. Commodanten lediglich die Wirkung nach sich, dass der Anefangsbeklagte gegen alle etwaigen Ansprüche aus dem Verwahrungs- resp. Leihvertrage sichergestellt wird und die mit Anefang belegte Sache dem Kläger herausgeben darf, ohne „vor enes anderen mannes gut to antwerdende.“ Vergl.

> Richtst. Landr. 14 § 3. Kumpt den jene tu der drudden clage nicht vor, so vrag, na deme dat he dries vorgeladen si to antwerdende sinem anevange unde nicht

[13]) Vergl. hierüber den weiteren Fortgang dieses Paragraphen sub B. II. Die Frage, ob gegen den als Gewähren angesprochenen Verkäufer etc. ein Contumacialurtheil auf Strafe resp. auf Rückzahlung des Kaufpreises an seinen Contrahenten erlassen werden konnte, wird insbesondere dann von Interesse, wenn derselbe nicht im Bezirke des Anefangsgerichts wohnt und der Anefangsbeklagte ihn trotzdem vor das letztere vorbringen muss. Weiter wäre es wichtig zu wissen, ob gegen den nichterscheinenden Auctor im Rahmen des Anefangsverfahrens, zum mindesten dann wenn die Klage sofort peinlich angesetzt worden war, die Verfestung ausgesprochen werden konnte. Wir sind aber nicht einmal darüber unterrichtet, wie sich das Verfahren gestaltete, wenn der Anefangsbeklagte selbst ungehorsam ausblieb. Die von Planck, Gerichtsverfahren, Bd. II. S. 282, Anm. 1 nach der Augsburger Ausgabe v. 1516 citirte Stelle der Glosse zu Sachsensp. I, 70 lautet nach der mir vorliegenden Zobel'schen Ausgabe v. 1561: „so er *wegen seines gethanen anspruchs* (nicht, wie Planck, liest: *von anevanges willen*) durch recht und urtheil ist darein geweist worden, so vorwert es alzuhande.“ —

ne kumt, wat dar rechtes umme si. So vintme me scoles ene weldegen. So vrag vort, oft men di icht scole enen vrede werken vor jenes ansprake. So vintme me scole, it ne béneme em echte not.

Die Ladung des Deponenten oder Commodanten hat also nicht den Zweck, den Anefangsbeklagten von einer ihm drohenden Strafe, sei es der peinlichen Diebstahlsstrafe oder der sogenannten Anefangsbusse, zu befreien. Vielmehr scheint aus dem ersten Satze der oben citirten Sachsenspiegelstelle hervorzugehen, dass eine gegen den Leiher oder Verwahrer erhobene Diebstahlsbeschuldigung nicht durch Gestellung des Auctors, sondern durch Zeugenbeweis widerlegt wird.[14] Hieraus würde sich aber die Folgerung ergeben, dass der Gewährszug bei der Einrede, die Sache geliehen oder zur Aufbewahrung erhalten zu haben, keine Anwendung findet, sondern dass derselbe auf die Fälle, in denen der Beklagte ein eigenes Recht an der mit Anefang belegten Sache behauptet, beschränkt ist.

[14]) Bei unbefangener Betrachtung des § 1 cit. Sachsensp. III, 5, scheint in der That kein Zweifel darüber obwalten zu können, dass die beiden Sätze desselben den gleichen Thatbestand betreffen, und dass demgemäss auch die Eingangsworte der Stelle lediglich den Fall betreffen, dass der Anefangsbeklagte die von dem Kläger in Anspruch genommene Sache von einem Dritten geliehen oder zur Aufbewahrung erhalten hat. Vergleicht man jedoch den unmittelbar vorhergehenden Art. 4, welcher von der Einrede, die Sache durch Kauf oder Schenkung vom Kläger erworben zu haben, handelt, so wird man wenigstens die Möglichkeit zugeben müssen, dass der erste Satz des § 1 cit. gleichzeitig auf ein zwischen dem Beklagten und dem Kläger abgeschlossenes Commodat Bezug haben könne. Erheblich unterstützt wird diese Annahme durch Richtsteig Landr. c. 47 § 3, wo bei Besprechung der von dem Commodanten gegen den Commodatar angestellten peinlichen Diebstahlsklage hervorgehoben wird, dass Letzterer sich durch den selbdritt zu erbringenden Beweis: „dat het (der Kläger) di (dem Beklagten) lech, unde he wol wiste, dat dut haddest unde unvorholen hildest" reinigen könne. Das c. 14 ibid., welches von der „antwerde umme gut, dat di enander gedan heft" handelt, erwähnt dagegen eine derartige Beweisführung des Anefangsbeklagten nicht, sondern enthält in § 5 lediglich eine Verweisung auf c. 47 cit. (*„oft de, unter deme dat gud angesproken worde, vorvluchtig worde).* Höchstwahrscheinlich ist daher der § 1 Sachsensp. III, 5 in der Art zu verstehen, dass in dem ersten Satze das allgemeine, für beide Fälle gleichmässig zutreffende Beweisprincip aufgestellt wird, an welches sich dann in dem zweiten Satze eine Specialbestimmung für die Einrede die Sache von einem Dritten geliehen oder in Verwahrung erhalten zu haben, anschliesst.

Diese Annahme wird jedoch wieder zweifelhaft, wenn man den folgenden Passus, welcher sich in dem soeben citirten c. 14 des Richtsteigs Landrechts findet, in Betracht zieht:

> § 5. Weret denne dat is jene nicht ne wolde unde vorsakede des dat is sine si . . . wo men den dun scole dat wil ic di hier na secgen, dar wi setten van den vormengeden clagen.

Hiernach sollen also, wenn der angebliche Deponent leugnet, die Sache dem Beklagten zu Behalten gethan zu haben, diejenigen Vorschriften zur Anwendung gelangen, welche im Richtst. Landr. c. 39 und 40 für den Fall, dass dem Anefangsbeklagten Bruch am Gewähren wird, aufgestellt werden. Das Gleiche ergiebt sich mit noch grösserer Deutlichkeit aus der entsprechenden Bestimmung der Blume des Sachsenspiegels[15]), aus welcher wir folgende Stelle hervorheben:

> Der antworter. Her Richter, is it meyn nicht, sunder is ist mir, gethan zu halden, und bitt etc., ap ich eynis andern gut verantworten dorffe. Sentencia. Her endarff. Qwerne is nw, das yener gestunde und loukente das her is gerne getan hat zu halden. Der clegir. Her Richter, meyne vordeubte habe habe ich bey ym funden, dormit her sich an eynen gezcogin hat, der is ym zu halden gethan hat, der is ym abetrat mit seynem louken, bitt ich etc., ap ich en icht nehir zu eynem dybe zu bereden sey, wenn her dorvon mit keynirhande rede komen moge zu rechte. Der antworter. Her Richter, ich mag wol beweisen, das mir is offemberlichin gethan ist zu haldene, bitt ich etc., ap ich der beweysung icht nehir zu bekomen byn, wen her mich zu eynem dybe bereden moge etc. (Dem Beklagten wird das Beweisrecht für diese Behauptung, welche selbdritt dargethan werden muss, zuerkannt.)

Hier wird also unzweifelhaft vorausgesetzt, dass der Anefangsbeklagte, welcher die unter ihm mit Beschlag belegte Sache von einem Dritten in Verwahrung erhalten hat, zunächst auf den Deponenten zur Gewähr zieht. Lehnt Letzterer die Uebernahme der Beklagtenrolle ab, und erhebt demnächst der

[15]) Lib. III. der Practicae speciales, pract. 28 bei Homeyer, Richtsteig Landr., S. 380.

Kläger die peinliche Diebstahlsklage, so entschuldigt sich der Beklagte selbdritt durch den Nachweis, dass ihm die Sache offenbar zu halten gethan sei. In dieser Anordnung liegt meiner Meinung nach der Schlüssel zu dem Verständnisse der ziemlich unklaren Bestimmungen des Sachsenspiegels und Richtsteig Landrechts, von denen wir ausgingen. Hat sich nemlich Beklagter auf Kauf, Schenkung oder ein anderes auf Eigenthumsübertragung hinzielendes Rechtsgeschäft berufen, der von ihm angerufene Auctor aber die Uebernahme der Gewährschaft verweigert, so kann der Kläger gleichfalls die Klage „peinlich machen". In diesem Falle vertheidigt sich Beklagter, wie aus Richtst. Landr. c. 40 § 2 und 3 hervorgeht, durch die unter Zuziehung von zwei Zeugen zu erhärtende Behauptung „*dat het unhalinge geholden hebbe*" (d. h. dass er die Gewahrsam der Sache in einer die Absicht der Verheimlichung und den Verdacht einer Betheiligung an dem Diebstahl ausschliessenden Art ausgeübt habe). Gelingt diese Beweisführung, so hat Beklagter die peinliche Klage widerlegt oder wenigstens das Recht erworben, ihr durch seine „schlichte unscult" zu entgehen. Werden diese Grundsätze auf den Fall, dass Beklagter die intertiirte Sache geliehen oder zur Aufbewahrung erhalten hat, analog angewendet, so muss insbesondere bei der Einrede, Verwahrer der Sache zu sein, die Aehnlichkeit der Behauptungen, er habe die Sache „*unhaldinge gehalden*", und dieselbe sei ihm „*offembarliche zu halden gedân*", auffallen. Es liegt deshalb die Vermuthung nahe, dass man diese beiden Einreden, welche auch in der oben[16]) citirten von dem Leihvertrage handelnden Stelle des Richtsteigs Landrechts (c. 47 § 3) zusammen vorgebracht werden, mit einander vermischt hat. Unterstützt wird diese Annahme durch Richtsteig Landr. c. 40 § 2, wo die Behauptung, die Sache „*unhalinge gehalden*" zu haben, zunächst dahin substantiirt wird:

> dat he vor sin kofte gut hadde unde noch heft unde ni vorsakede unde noch nicht vorsaket.

Hiernach scheint aber angenommen werden zu müssen, dass sich der Nachweis des unverholenen Haltens gleichzeitig auf den redlichen Beginn des beklagtischen Besitzes, d. h. auf das von dem Beklagten behauptete Erwerbsgeschäft, dessen Feststellung

[16]) S. 222 Anm. 14.

beim Gewährszuge misslungen ist, erstreckte. Endlich ist ein besonderes Gewicht darauf zu legen, dass das Vorbringen des Deponenten an sich noch keine Widerlegung der peinlichen Anklage enthält, sondern die Möglichkeit offen lässt, dass Beklagter ein dem Diebstahl gleichstehendes Verbrechen an der in seinem Besitze gefundenen Sache begangen habe, nemlich die Hehlerei. Vergl.:

> Sachsensp. II, 13 § 6. Die düve hudet oder rof, oder emanne mit helpe dar to sterket, werdet si des ververwunnen, man sal over sie richten als over jene.[17])

Der Verdacht, dass Beklagter sich einer derartigen Handlung schuldig gemacht habe, würde also selbst dann bestehen bleiben, wenn der Kläger den von dem Beklagten behaupteten Leih- oder Verwahrungs-Vertrag nicht bestreitet, oder wenn die diesbezügliche Behauptung des Beklagten von dem herbeigerufenen Commodanten resp. Deponenten bestätigt worden ist. Es kann daher kein Zweifel darüber obwalten, dass der Leiher resp. Verwahrer auf Verlangen des Klägers unter allen Umständen zu dem Nachweise, die Sache „offenbar" empfangen und unverholen gehalten zu haben, verpflichtet war.[18]) Diese Art der Vertheidigung des Beklagten zielt dann aber nicht auf die Geltendmachung eines Grundes für sein Haben, d. h. auf die Widerlegung der Beschuldigung, die Sache weggenommen zu haben, hin, sondern auf die Feststellung, dass das Depositum resp. Commodat, auf Grund dessen Beklagter unstreitig die

[17]) Vergl. Cropp bei Hudtwalker und Trummer, Criminalistische Beiträge, Bd. II. S. 348 ff. Köstlin, Kritische Ueberschau, Bd. III. S. 362 und die bei diesen Schriftstellern citirten Parallelstellen zu obiger Bestimmung.

[18]) Dass diese Annahme zutrifft, ergiebt sich mit voller Deutlichkeit aus der Glosse zu Sachsensp. III, 5 § 1 (Zobel, Ausgabe v. 1561, f. 327), in welcher sich folgender Passus findet: „Merck auch, das hie stehet, das man niemandt einiger dieberey an solchem dinge gezeihen möge so im öffentlichen ist geliehen oder gethan worden, mustu recht vorstehen. Dann du möchst sagen: Wie, ob ich dir ichts wolte zu behalten thun, müsste ich es denn öffentlichen thun, also do ich es nicht thette, möcht man dich darüber dieberey gezeihen? Etlich sagen ja, denn wer ein ding also haben wil, dass man ihn dorahn keiner dieberey geziehen möge, sol es entzwar offenbar enphahen', als er hie saget, oder soll es zum wenigsten öffentlich halten. Denn wer dieberei hilfft verholen halten ist auch ein dieb. Sintemal dann diese beide es unter sich also verholen entphangen und gehalden haben, so mag man sie auch darumb wol dieberey gezeihen.

Gewahrsam der Sache erlangt hat, ein „offenbares“ gewesen sei und also nicht unter den Begriff der Hehlerei falle. Die sich hiernach ergebende Abweichung von der Behandlung der Einrede, die Sache gekauft zu haben, wäre dann daraus zu erklären, dass der wissentliche Ankauf gestohlener Sachen keine Hehlerei ist und nicht mit der Diebstahlsstrafe belegt wird.[19]) Auch ist in Betracht zu ziehen, dass der Verdacht einer Betheiligung an dem Diebstahl bei dem Verwahrer einer res furtiva viel näher liegt, als bei dem, welcher die Gewahrsam der Sache aus einem ein dauerndes Recht verleihenden Titel, insbesondere entgeltlich erlangt hat. Könnten wir hiernach annehmen, dass der Gewährszug zur Entlastung des peinlich angesprochenen Deponenten oder Commodanten regelmässig nicht ausreichte, so würde es verständlich werden, warum der Depositar oder Commodatar nach der oben citirten Sachsenspiegelstelle die Diebstahlsbeschuldigung auch dann, wenn er die Gewahrsam der Sache von einem Dritten erlangt hat, durch Zeugenbeweis widerlegen muss. Hieraus könnte man dann (insbesondere, wenn man die Vermischung der Einreden, es sei ihm „to behaldene gedan“ und er habe es „openbare gehaldene“, in Betracht zieht) weiter folgern, dass der Gewährszug bei der Einrede, die intertiirte Sache in fremdem Namen zu besitzen, überflüsssig gewesen sei und keine Anwendung gefunden habe. Dieser Schluss würde jedoch meiner Meinung nach nicht zutreffen. Allerdings wird es in dem Sachsenspiegel und in dem Richtsteig Landrechts vermieden, den von dem Anefangsbeklagten zur Uebernahme der Beklagtenrolle aufgeforderten Deponenten als „Gewähren“ zu bezeichnen. Andererseits enthält aber, wie bereits oben bemerkt, die letztgedachte Quelle in c. 14 § 5 eine Verweisung auf die das peinliche Verfahren bei Nichtgestellung des Gewähren behandelnden cc. 39. 40 ibid. In anderen Rechtsaufzeichnungen ferner wird die Ladung des Deponenten auch dem Ausdrucke nach mit dem Ziehen auf den Auctor gleichgestellt, so z. B. in der oben citirten Stelle der Blume des Sachsenspiegels und in der Glosse zu Sachsensp. III, 5 § 1, in welcher sich folgende Sätze finden:

> Darum merck diesen unterscheidt zwischen diesem und dem nechstvorgehenden Artickel. Dann dieser sagt

[19]) Vergl. Köstlin a. a. O. S. 363.

von dem beklagten, welcher sech's an einen geweren zeuget, dass das angesprochene gut desselbigen sey, und darumb vorantwortet er das gut nicht also, dass es seyn sey, sondern begert allein, das er es mit recht gelosen moge.

Unter dem man etwas anspricht, welches im ein ander geliehen oder zu behalten gethan hat, denselben soll man dorahn weder dieberey noch raubs schuldigen, sondern jenen, der es ihm gethan hat, und denselben soll man dann dreymal vorladen.[20])

Endlich verdient noch hervorgehoben zu werden, dass auch die mittelalterlichen französischen Quellen ausdrücklich anerkennen, dass der Anefangsbeklagte, welcher die unter ihm intertiirte Sache in fremdem Namen besitzt, zur Gewähr ziehen darf. So bei geliehenem Gute:

Beaumanoir, Coutumes du Beauvoisis, (ed. Beugnot) XXXIIII c. 3.[21]) Qui preste, il doit prestes se coze et non l'autrui. Et cil meisme qui emprunte doit savoir que le coze qu'il emprunte soit à celi à qui il emprunte; car se j'emprunte à aucun ce que je sai bien qui n'est pas sien, je ne le puis retenir. Et se cil qui le coze est m'en poursuit, voirs est que je doi avoir jor de querre mon garant, porce que je tieng le cose d'autrui main que de le soie. Et se je ne puis avoir mon garant, si comme s'il est mors ou manans en estrange pais, cil qui le coze proeve à soie l'emporte.

Das Gleiche bestimmen für Sachen, welche dem Beklagten zum Verkaufe übergeben sind, die:

[20]) Augenscheinlich auf Grund dieser Ausführungen der Glosse des Sachsenspiegels hat Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 404. 705. 831 nicht bloss die Zulässigkeit des Gewährszuges bei der Vertheidigung von geliehenem und anvertrautem Gute anerkannt, sondern diesen Anwendungsfall unseres Rechtsinstitutes sogar als den normalen behandelt. Die Eigenthümlichkeit des Ziehens auf den Deponenten liegt seiner Meinung nach lediglich darin, dass der Depositar etc. sich bloss von der eigenen Antwort befreien will, während der Käufer etc. ausserdem „hoffen darf, durch den Sieg des Gewähren über den Kläger das Gut selbst ungestört zu behalten". Diese Ansicht Planck's steht zwar mit dem Gros der Quellen des späteren Mittelalters im Widerspruch, enthält aber, wie unten (§ 14) dargethan werden soll, wenigstens einen richtigen Kern.

[21]) Vergl. Franken a. a. O. S. 307. Anm. 3.

Assises de Jérusalem, (ed. Beugnot), Cour des Bourgeois, c. 256 [22]). C'il avient par aucune aventure, que un aver soit emblé, et celuy aver s'enbaille à vendre à un vendour de la vile, et l'aver est aretés por enble, et le vesconte li demande, au vendour: Où preystes vous cestui aver qui fu enblé?" et le vendour respont: „Sire, ytel home, sire Martin, le me bailla à vendre", la cort det manter querre celuy sire Martin. Et se celuy sire Martin respont et dit devant la cort: „Non place Dès que je jà li baillasse à vendre cestui aver". Et le vesconte dit au vendour: „As tu garens que Martin ou Martine, te baillast ce à vendre?" et le vendour respont: „Sire, non!" Don te viell je aver ataimt come lierre."

Derartige Bestimmungen, wie die soeben mitgetheilten, müssen m. E. jedes Bedenken darüber, dass der Gewährszug bei der Einrede, die Sache geliehen oder in Verwahrung erhalten zu haben, Platz greifen konnte, beseitigen. In der That dürfte denn auch schwerlich ein Grund aufzufinden sein, welcher die Beschränkung dieses Vertheidigungsmittels auf den Fall, dass Beklagter ein auf Eigenthumsübertragung hinzielendes Erwerbsgeschäft geltend macht, rechtfertigen könnte. Dient der Gewährszug, unserer oben entwickelten Ansicht entsprechend, zur Ermittlung des Diebes in der Person eines der Vorbesitzer des ursprünglichen Anefangsbeklagten, so müsste es als genügend angesehen werden, wenn der zur Gewähr ziehende Beweis dafür antritt, dass die intertiirte Sache zwischen dem Zeitpuncte des von dem Kläger behaupteten Diebstahls und dem der Klageerhebung in der Hand eines Dritten gewesen ist. Auf welche Art dieser Dritte den Besitz der Sache verloren und auf welche Art der Beklagte denselben erlangt hat, wäre dagegen von unserem Standpuncte aus betrachtet, völlig gleichgültig. Hiernach wäre der Gewährszug aber nicht bloss dann zuzulassen, wenn Beklagter die intertiirte Sache auf Grund eines irgendwie gearteten Rechtsgeschäfts, sei es auch nur zu vorübergehendem Haben, erhalten hat, sondern sogar dann, wenn ein Vertragsverhältniss zwischen ihm und seinem Vorbesitzer überhaupt nicht bestanden hat, so z. B., wenn er die Sache

22) Vergl. Franken a. a. O. S. 311. Anm. 1.

dem Letzteren wider dessen Willen weggenommen hat (durch Missgriff, Pfändung, im Kriege oder in rechter Fehde), oder wenn der Besitzverlust des früheren Inhabers und der Besitzerwerb des Beklagten zeitlich von einander getrennt sind, wie bei gefundenen, zugeschwemmten, zugelaufenen Sachen. Zur Unterstützung dieser Annahme könnte man auf die allgemeine gehaltene Fassung hinweisen, in welcher die den Gewährszug herbeiführende Einrede in einigen dem späteren Mittelalter angehörigen Quellen begegnet. So wird der Gewähre in dem Augsburger Stadtrecht[23]) als der, von dem „*es* (die intertiirte Sache) *ihm* (dem Beklagten) *komen ist*", in den Assises de Jérusalem[24]) als „*celui de qui il* (der Beklagte) *l'ot*" bezeichnet, während es nach anderen Rechten auszureichen scheint, wenn Beklagter sich auf die Angabe beschränkt, „*er habe des geweren*"[25]). Solche Wendungen sind nun freilich bei dem Mangel an ausdrücklichen Bestimmungen, welche den unfreiwilligen Verlierer der demnächst in die Hand des Anefangsbeklagten gelangten Sache zur Uebernahme der Gewährschaft verpflichten von sehr zweifelhafter Beweiskraft. Aber selbst wenn es positiv feststehen würde, dass der Gewährszug in den letztgedachten Fällen keine Anwendung gefunden habe, könnte hieraus noch nicht gefolgert werden, dass seine Zulassung auf diesem Gebiete begrifflich unmöglich gewesen sei; diese Thatsache würde sich vielmehr in viel einfacherer Art aus practischen Zweckmässigkeits- und Billigkeitsgründen erklären. Insbesondere ist darauf Gewicht zu legen, dass der Anefangsbeklagte, welcher die Gewahrsam der intertiirten Sache nicht durch Uebergabe, sondern durch einseitige Besitzergreifung erlangt hat, seinen Vorbesitzer regelmässig, und zwar

[23]) Art. 37 § 3 (Meyer, S. 97). Aehnlich die bei Laband a. a. O. S. 130, Anm. 17 citirte Stelle der Neumünsterischen Kirchspiels-Gebr. Art. 68: „bezeugen, dass es ihm aufrichtig ueber die andere Hand zukaeme", sowie ferner Cnut's Ges. II, 23: Gewährsberufung . . . wenn er Zeugenschaft hat, woher ihm das zukam" (angels.: „*hwanan him come*", vet. vers.: „unde venerit ei, unde sibi venit", nach Michelsen, Hausmarke, S. 36 „unde ei ortum sit").

[24]) Haute cour, Jean d'Ibelin c. 131 (vergl. Franken, Anhang No. 7, S. 277.)

[25]) Vergl. z. B. Capitul. Otton. I. c. 7 (Monument. German. histor. t. IV) Lübisch. Recht (Hach) Cod. I. c. 79. Cod. I. c. 185.

ohne eigenes Verschulden, nicht kennen, und dass der Letztere, wenn er die „intertiatura rei" in Erfahrung bringt, sich auch schwerlich melden oder die Gewährschaft gutwillig übernehmen wird. Unter diesen Umständen wäre es aber eine grosse Härte gewesen, wenn man von dem Anefangsbeklagten auch dann, wenn er mit seinem Vormanne in keinem Vertragsverhältnisse stand, die Gestellung desselben verlangt hätte. Hierin liegt meiner Meinung nach die Erklärung dafür, dass beispielsweise die Einrede, die Sache im Kriege oder in rechter Fehde von einem Dritten erbeutet zu haben, wie unten[26]) dargethan werden soll, nicht durch den Gewährszug, sondern durch Zeugenbeweis erhärtet wird. Bei der Behauptung, die Sache geliehen oder zur Verwahrung erhalten zu haben, treffen dagegen derartige Billigkeitsrücksichten nicht zu, und muss daher angenommen werden, nicht bloss, dass der Gewährszug in diesem Falle zulässig gewesen sei — hierüber kann nach den oben mitgetheilten Quellenzeugnissen ohnehin kein Zweifel obwalten —, sondern weiter auch dass die Gestellung des Deponenten, Commodanten etc. ursprünglich völlig nach den gleichen Grundsätzen behandelt worden sei, wie die Gestellung des Verkäufers etc.[27]) Wenn im

[26]) § 16.

[27]) Nicht bloss für die ältere, sondern auch für die spätere Zeit muss dieses meiner Meinung nach hinsichtlich des Pfandgläubigers gelten, welchen Sohm, Process, S. 99 und 100 (insbesondere Anm. 7 in fin. und Anm. 8) nach dieser Richtung hin mit dem Commodatar und Depositar auf dieselbe Stufe stellen will. Sohm beruft sich dabei auf die auch in Richtst. Landr. 14 § 1 angezogene, bekannte Stelle des Sachsenspiegels (II, 31 § 3): „Nieman mach verwerken enes anderen mannes gut of he't under ime hevet." Ob das durch die Satzung begründete Recht an der verpfändeten Sache wirklich als ein einfaches ius in re aliena oder nicht vielmehr als ein revocables Eigenthumsrecht aufzufassen ist, kann hier dahingestellt bleiben, da die Unrichtigkeit der Ansicht Sohm's bereits aus einem anderen Grunde erhellt. Bei der Darstellung, welche das oben citirte c. 14 des Richtsteigs Landrechts giebt, wird nemlich unzweifelhaft vorausgesetzt, dass der Anefangsbeklagte überhaupt kein eigenes Interesse an dem Ausgange des Rechtsstreites, speciell an der Entscheidung über den reipersecutorischen Anspruch des Anefangsklägers hat, dass er sich also lediglich gegen einen etwaigen Regress seines Contrahenten sichern will. Das trifft zwar bei dem Depositar, welchem nach Sachsensp. III, 5 § 1 der Commodatar in dieser Beziehung gleichsteht, nicht aber bei dem Satzungsgläubiger zu. Für den Letzteren kommt die Frage, ob der Verpfänder, wenn die Sache ohne vorgängige Litisdenunciation an einen in Wahrheit nicht berechtigten Dritten her-

späteren Mittelalter, insbesondere in dem Sachsenspiegel und Richtsteig Landrechts, eigenthümliche Vorschriften für die Vertheidigung des Besitzers in fremdem Namen aufgestellt werden,

ausgegeben wird einen Schadensersatzanspruch erheben könnte, erst in zweiter Linie in Betracht. Im Vordergrunde steht für ihn dagegen die Geltendmachung seines Rechts an der Sache, welches ihm zwar nicht das „dauernde Haben“ der letzteren, wohl aber die Befugniss verleiht, dieselbe bis zur erfolgten Rückzahlung des Pfandschillings zu behalten.“ Die Quellen des späteren Mittelalters betrachten es nun als einen wesentlichen Zweck des Gewährszuges, dem in Anspruch genommenen Besitzer einer individuellen Sache die Realisirung des Ersatzanspruches gegen seinen Contrahenten, dessen Durchführung nach germanischem Rechte nur innerhalb des Evictionsprocesses stattfinden kann, zu ermöglichen. Demgemäss bildet das Urtheil, welches dem geständigen oder überwiesenen Auctor die Wiedererstattung des von dem Anefangsbeklagten an ihn gezahlten Kaufpreises auferlegt, eine Incidententscheidung im Rahmen des Anefangsverfahrens, welche in den Quellen häufig genug erwähnt wird. (Vergl. unten § 14. 15.) Da nun die „Forderung“ des Satzungsgläubigers bei einer etwa erfolgenden Entwährung des Pfandes zweifellos sofort fällig wird, so hat Ersterer das gleiche Interesse, wie der Käufer, seinen Vorbesitzer zur Uebernahme der Gewährschaft zu veranlassen. Es ist deshalb kaum denkbar, dass der von einem Dritten zu Anspruch genommene Pfandbesitzer bei der Ladung des Verpfänders demselben, ebenso wie der Depositar dem Deponenten anheimgestellt haben sollte, nur dann vorzukommen, „of he wille“. Vielmehr wird Ersterer zweifellos das Erscheinen seines Contrahenten unbedingt verlangt haben, schon um die ihm gewährte Sicherheit nicht ohne Lösung aus Händen geben und auf die persönliche Klage aus der ihm etwa zustehenden Forderung zurückgreifen zu müssen. Bestätigt wird diese Annahme dadurch, dass nach den Ausführungen v. Meibom's, Pfandrecht, S. 360 ff. die Grundsätze über die Gewährleistung bei verpfändeten Sachen und nach Franken a. a. O. S. 266 ff. 315 ff. auch die über ihre rechtliche Verfolgung den bei verkauften Sachen Platz greifenden vollständig parallel laufen: Käufer und Pfandnehmer werden in den Quellen durchweg neben einander genannt. Vergl. die bei Franken a. a. O. S. 279 No. 11, S. 282 No. 19., S. 315 Anm. 4 citirten Quellenzeugnisse, insbesondere Beaumanoir, Les Coutumes du Beauvoisis (ed. Beugnot), XXV No. 23, aus welcher Stelle mit voller Deutlichkeit hervorgeht, dass der Pfandbesitzer principaliter zur Stellung des Auctors verpflichtet ist (s'aucuns a presté deniers sor le coze qui fu tolue ou emblée ou perdue et cil qui le coze fu le demande a celi qui l'a engagés, et cil qui presta sor le gage ne pot avoir son garant de celi qui le bailla en gages etc.) Was die deutschen Quellen betrifft, so kommt insbesondere folgende Stelle in Betracht: Lübisch. Recht (Hach) Cod. II. c. 157 (cf. ibid. Cod. III. c. 56): „Hevet jemen en pant vor ber oder vor berede spise kumt denne en ander unde sprect et dat it eme vorstolen oder auegherovet si, de it anspreket, de eses negher to beholdende up den hileghen mit sines sulves hant den de andere to beholdende; mer hevet he en

so beruht das darauf, dass die Anefangsklage in dieser Periode nicht mehr ausschliesslich als Strafklage, sondern gleichzeitig, nach einem Theile der Quellen sogar in erster Linie, als bürger-

pant dat men nicht duflike oder roves ansprect, de das under sic hevet, de beholtet sineme edhe unde also vele alse he beholt up den hileghen, alse vele schal he hebben". Aus dieser Stelle zieht Sohm, Process, S. 100 meiner Meinung nach mit Unrecht den Schluss, „da Behauptung, die Sache vom Kläger zum Pfande erhalten zu haben, führe nur der Contractsklage, also der persönlichen Klage gegenüber zum Beweise, sei dagegen für den Anefang wirkungslos" In Wahrheit dürfte nemlich in dem c. 157 cit. lediglich das auch von anderen Quellen bezeugte Princip ausgesprochen sein, dass der Satzungsgläubiger, wenn die freiwillige Hingabe oder gar die erfolgte Verpfändung der in Anspruch genommenen Sache in der Rückforderungsklage eingeräumt wird, die Existenz und die Grösse seiner Forderung mittelst Eineides darthun kann. (Vergl. hierüber insbesondere Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, S. 90 ff.; v. Meibom, Pfandrecht, S. 392 ff.; Planck, Gerichtsverfahren Bd. I. S. 457 ff. und die bei diesen Schriftstellern mitgetheilten Quellenbeläge). Ausdrücklich hinzugefügt wird dann in dem Lübischen Rechte, dass dieses Princip nur dann Anwendung finden solle, wenn die Klage in der angegebenen Art substantiirt worden ist, während der auf dieblichen oder raublichen Verlust gegründeten Klage gegenüber die Vertheidigung mittelst Eineides unzulässig sei. In diesem Falle sei daher der Antrag des Pfandgläubigers, die Sache „mit sines sulves hant behalden" su dürfen, zurückzuweisen und dem Kläger ohne Weiteres zu gestatten, sich seinerseits zu der Sache zu ziehen. Diese Anordnung berechtigt also keineswegs zu dem Schlusse, dass der Pfandbesitzer, wenn die Klage durch die Behauptung dieblichen oder raublichen Verlustes substantiirt worden ist, überhaupt von der Vertheidigung ausgeschlossen gewesen sei. Vielmehr lässt sich mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit vermuthen, dass auch der Anefangsbeklagte zum Beweise für die Einrede, die Sache als Pfand erhalten zu haben, allerdings nicht zum Eineide gelangte, sondern, wenn er den Kläger selbst als Verpfänder bezeichnete, zum Zeugenbeweise, sonst zur Gestellung der von ihm benannten dritten Person als Gewähren. In dieser Annahme treffen wir aber mit v. Meibom, Pfandrecht, S. 394 zusammen, welcher gleichfalls für die Vertheidigung des Pfandbesitzers im Anefangsverfahren die für den Käufer geltenden Grundsätze analog angewendet wissen will. Auch Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 714 ff. scheint auf diesem Standpunkte zu stehen. Schliesslich mag noch bemerkt werden, dass die Bestimmung des Lübischen Rechts bei Hach, Cod. II. c. 161 und Cod. III. c. 148, nach welcher der Pfandbesitzer sich der von einem Dritten erhobenen Diebstahlsbeschuldigung gegenüber „mit sin enes hant uth nemen" darf, der Annahme, dass derselbe zunächst zur Gestellung des Auctors verpflichtet gewesen sei, keineswegs entgegensteht. Nach dem zweiten und dritten Brokesschen Codex (Hach, S 326) lautet der hier erwähnte Eid des Anefangsbeklagten: *„dat he nicht arges dar ane wuste, do he dat*

liche Klage um Gut fungirt.[28]) So geht z. B. das c. 14 cit. Richtst. Landr. unverkennbar von der Voraussetzung aus, dass der Anefangskläger den Inhaber der von ihm in Anspruch genommenen Sache zunächst in Gemässheit von Sachsensp. II, 36 § 2 und Richtst. Landr. c. 17 § 1 zur gütlichen Herausgabe der Sache aufgefordert hat. Beklagter hat darauf erklärt, dass er als Verwahrer der Sache ein eigenes Interesse an dem Behalten derselben nicht habe, dass er dieselbe aber andererseits ohne Vorwissen seines Contrahenten nicht preisgeben könne. Dementsprechend erfolgt die Ladung des Deponenten lediglich zu dem Zwecke, um ihm zur Antwort für die Sache Gelegenheit zu geben und den Depositar gegen einen etwaigen Schadensersatzanspruch desselben sicherzustellen, nicht dagegen im Interesse des Anefangsklägers behufs Ermittelung und Bestrafung des Diebes oder Räubers. In diesen Sätzen tritt nun unzweifelhaft bereits die Auffassung zu Tage, dass der Gewährszug für den Kläger eine Last sei und hauptsächlich zur Durchführung des dem Beklagten zustehenden Gewährleistungsanspruches diene. Beklagter wird daher in einem Falle, in welchem ihm persönlich an der Vertheidigung der Sache nichts gelegen und eine Regressforderung wegen der stattgehabten Entwährung nicht begründet ist[29]), von der Verpflichtung zur Gestellung des Gewähren entbunden. Die gleiche Behandlung dieser Einrede würde auch dann noch verständlich sein, wenn der Bestohlene gegen den ursprünglichen Beklagten die directe Diebstahlsbeschuldigung erhoben, so z. B. wenn er ihn von vorneherein kämpflich angesprochen hat und das Anefangsverfahren sich als Incidentstreit im Rahmen des peinlichen Verfahrens abspielt.[30]) Auch in diesem Falle dürfte der Kläger häufig genug auf die weitere Verfolgung des von ihm gegen die Vorbesitzer des ursprünglichen

entfenk vor syn pant", eine Behauptung, deren Vorbringung auch noch nach stattgehabtem Gewährszuge denkbar ist. Die Lesart der Uffenbach'schen Handschrift: „*de ander mach dat to den hilghen holden dat id em ghesettet si*" (Hach, S. 329) dürfte mit c. 157 cit. kaum vereinbar sein.

[28]) Das Nähere hierüber vergl. unten im zweiten Abschnitte.

[29]) Dass hierin eine wesentliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit der in c. 14 Richtst. Landr. aufgestellten Grundsätze liegt, ergiebt sich bereits aus dem oben S. 230 Anm. 27 Ausgeführten.

[30]) Ueber diese Eventualität vergl. Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I. S. 826 ff.

Beklagten gerügten Diebstahls verzichtet haben, schon aus dem Grunde, weil er mit Sicherheit nur darauf rechnen konnte, den letzten Gewähren zur Zahlung von Busse und Gewette verurtheilt zu sehen, dieses Processergebniss aber kaum ein genügendes Aequivalent für die mit dem Gewährszuge verbundenen Bemühungen bilden würde. Hierauf ist es, wie ich glaube, zurückzuführen, dass die oben citirte Bestimmung des Sachsenspiegels auch dem peinlich beklagten Depositar oder Commodatar nicht zur Gestellung des Auctors genügt, sondern ihn der Anschuldigung des Diebstahls resp. der Hehlerei gegenüber ohne Weiteres zum Zeugenbeweise über die Einrede, die Sache sei ihm „*geliehen oder to behaldene gedan openbare*“ verstattet. Diese Vorschrift schliesst jedoch die Möglichkeit keineswegs aus, dass unter besonderen Umständen eine andere Entscheidung Platz gegriffen habe, so z. B. wenn der Kläger ein besonderes Gewicht darauf legte, den Deponenten zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen, oder wenn der Beklagte seinerseits darauf drang, seine Unschuld nicht bloss durch den Nachweis des unverholenen Haltens, sondern durch die Ermittelung des eigentlichen Schuldigen darzuthun. Hätte in derartigen Fällen Beklagter die Gestellung des Auctors oder Letzterer die Uebernahme der Gewährschaft verweigern dürfen, so wäre der Dieb in der Lage gewesen, sich durch Verleihen oder Hinterlegen der *düve* dem Anefangs- resp. dem peinlichen Diebstahlsverfahren vollständig zu entziehen. Dieses zu ermöglichen, lag aber jedenfalls nicht in der Absicht der mittelalterlichen Quellen, vielmehr kann unbedenklich angenommen werden, dass, sobald der Kläger seinerseits die Gestellung des Deponenten oder Commodanten verlangte, das in Sachsensp. III, 35 § 2 aufgestellte Princip Anwendung fand:

> Vint . en man sin gut under jeneme, dat ime afgerovet oder gestolen is, dem he nener hanthaften dat scüldegen mach, die mut an sinen geweren tien, of man ine san kempliken dar umme grot.

Direct bestätigt wird die Annahme, dass der Besitzer in fremdem Namen zur Gestellung des Auctors nicht bloss berechtigt, sondern auf Verlangen des Anefangsklägers sogar verpflichtet war, durch die oben[31]) mitgetheilte Stelle der Assises de Jé-

[31]) S. 228. — Auch die oben S. 225 Note 18 citirte Stelle der Glosse zu Sachsensp. III. 5 § 1 gedenkt der Möglichkeit, dass der Anefangskläger

rusalem. Ferner kommt als unterstützendes Moment in Betracht, dass auch nach den deutschen Quellen nicht bloss dann, wenn der angerufene und erschienene Commodant oder Deponent das von dem Beklagten behauptete Rechtsgeschäft ableugnete[32]), sondern auch dann, wenn er sich zum Eintritt in den Process bereit erklärte[33]), die gewöhnlichen für den Gewährszug geltenden Grundsätze zur Anwendung gelangten. Mit besonderer Deutlichkeit tritt diese Uebereinstimmung, wie unten[34]) dargethan werden soll, in den Vorschriften zu Tage, welche die Uebernahme der Beklagtenrolle seitens des Deponenten resp. Commodanten und die mit derselben verbundene Rückgabe der Sache betreffen. Diese Bestimmungen lassen unserer Meinung nach keinen Zweifel über die Richtigkeit der sich aus unseren obigen Ausführungen ergebenden Annahme, dass es für die Gestaltung des Gewährszuges in der fränkischen Periode, in welcher die Anefangsklage als reine Strafklage fungirte, völlig gleichgültig war, ob der Anefangsbeklagte ein eigenes Recht an der intertiirten Sache geltend machte oder im Namen eines Dritten zu besitzen behauptete.

Soviel über die rechtlichen Voraussetzungen, unter denen der Gewährszug Platz griff. Zur Substantiirung der demselben zu Grunde liegenden Einrede ist nach zahlreichen Quellen weiter erforderlich, dass der Auctor, auf welchen Beklagter provocirt, bereits in dem ersten Termine namhaft gemacht werde. Durch diese Anordnung sollte verhindert werden, dass eine beliebige, vielleicht zahlungsunfähige Person, welche in Wahrheit nicht der Auctor des Beklagten war, als solcher vorgeschoben wurde. Einige Rechtsaufzeichnungen verlangen ausserdem noch die Angabe, an welchem Orte und zu welcher Tageszeit das von dem Beklagten behauptete Erwerbsgeschäft abgeschlossen worden sei, augenscheinlich, um auf Grund dieser Daten feststellen zu können,

die Vorladung des Deponenten gerade zu dem Zwecke verlangt, um denselben zur strafrechtlichen Verantwortung wegen des an der intertiirten Sache begangenen Diebstahls zu ziehen.

[32]) Richtst. Landr. 14 § 5.

[33]) Sachsensp. III, 35 § 2. Richtst. 14 § 4. Blume von Magdeburg II, 2 c. 8. 153.

[34]) § 14.

ob Beklagter sich in gutem Glauben befunden habe. In anderen Quellen wird denn auch ausdrücklich angeordnet, dass Beklagter geltend machen müsse, er habe das Gut „recht und redlich" „mit seiner wohlgewonnenen Habe" gekauft. Bereits aus diesen Wendungen ergiebt sich, dass der Anefangsbeklagte, welcher den Verdacht der Thäterschaft an dem mit der Klage gerügten Diebstahl durch Gestellung seines Auctors widerlegt hatte, nicht unter allen Umständen straflos blieb, sondern wegen seiner Betheiligung an dem von einem Anderen verübten Vergehen, insbesondere wegen Hehlerei oder wissentlichen Ankaufs der *düve* zur Verantwortung gezogen werden konnte. Hierher gehört insbesondere folgende der westgothischen Antiqua angehörige Bestimmung:

> Lex Visigoth. VII. 2, 9. Si quis rem furtivam sciens a fure comparaverit, ille qui emit suum repraesentet auctorem, et postea tanquam fur componere non moretur. Si vero furem non invenerit, duplam compositionem, quae a furibus debetur, exsolvat, qui apparet, illum furi esse similem, qui rem furtivam comparasse cognoscitur.

Weiter geht aus den soeben ausführlich besprochenen Quellenzeugnissen, insbesondere aus der Glosse zu Sachsensp. III, 5 § 1, hervor, dass der Depositar auch dann, wenn der Deponent die Antwort übernahm, dazu genöthigt werden konnte, sich von dem Verdachte der Hehlerei durch den Beweis, dass ihm die Sache *„openbare to behaldene gedan si"*, zu reinigen. Im Allgemeinen ist aber daran festzuhalten, dass der Anefangsbeklagte durch Gestellung seines Auctors von der in dem Anefang enthaltenen strafrechtlichen Anschuldigung befreit oder, um den Ausdruck der Quellen zu gebrauchen, „los" wurde. Es bedurfte daher eines neuen Angriffs, um den Beklagten, welcher seine Vertheidigung in der gedachten Art geführt hatte, wegen Betheiligung an dem Diebstahl oder wegen Hehlerei zur Rechenschaft zu ziehen. Diesem Vorwurfe konnte derselbe dann, da das aus dem Besitze der *düve* hervorgehende Indicium nach erfolgter Feststellung des Erwerbes durch Rechtsgeschäft nicht mehr in Betracht kommt, durch unsubstantiirte Klageverneinung entgehen. Unterliess der Kläger es, eine derartige eventuelle Anschuldigung zu erheben, so lag, falls ein Complice auf den

Anderen zog, die Möglichkeit vor, dass einer von Beiden[35]) straflos ausging, obgleich „vor Gott alle Beide schuldig" waren. Dieses Ergebniss des Processes wird zwar von den Quellen selbst als ein ungerechtes bezeichnet, war aber bei dem Formalismus des altgermanischen Beweisverfahrens unter Umständen unausbleiblich.

Was endlich die processualische Geltendmachung der den Gewährszug herbeiführenden Einrede betrifft, so ist bereits oben[36]) hervorgehoben worden, dass die letzteren nach salischem[37]) und ribuarischem[38]) Rechte in unmittelbarem Anschlusse an den aussergerichtlichen Anefang, nach allen übrigen Quellen dagegen erst bei der Verhandlung der Parteien vor Gericht vorzubringen ist. Aus der Berufung auf den Auctor erwächst nach salischem Rechte regelmässig für den Beklagten, ausnahmsweise für den Kläger die Verpflichtung zum „agramire per tercia manu", worüber das Nähere erst später[39]) mitgetheilt werden kann. Nach ribuarischem Rechte muss Beklagter nach erfolgter Litiscontestation beschwören:

quod ad eam manum trahat, qui ei ipsam rem dedit.

Dieser Eid wird gleichzeitig mit dem Schwure des Klägers, „quod in propriam rem manum mittat", und ebenso wie dieser unter Handauflegung auf die Sache abgeleistet. Auch die Mehrzahl der übrigen Quellen verlangt von dem Anefangsbeklagten, welcher auf einen Auctor provocirt, die Ableistung eines Eides. Derselbe lautet nach langobardischem Rechte:

„quod ad certum warentem eum conducat",

nach angelsächsischem Rechte:

„wie ich es zur Gewähr ziehe, verkaufte es mir der in dessen Hand ich es nun lege",

nach zahlreichen Rechtsaufzeichnungen aus der Zeit des späteren Mittelalters, insbesondere den dem sächsischen Rechtsgebiete angehörigen:

„dass her tzyhe czu rechter czucht",

35) Nemlich der ursprüngliche Beklagte, falls der angerufene Auctor die Gewährschaft gutwillig übernahm, im anderen Falle derjenige von ihnen, welcher in dem zwischen ihnen auszufechtenden Incidentstreite obsiegte.

36) S. 60 ff.

37) Lex Salic. 37. 47 § 1.

38) Lex Ribuar. 33 c. 1.

39) Vergl. unten § 18.

nach vereinzelten Bestimmungen endlich:

„daz er seynen geweren hat“,
„daz her deme das pfert abgekauft habe“.

Bereits aus dem Inhalte der soeben mitgetheilten Formeln ergiebt sich, dass dieser Eid des Beklagten nicht als eine Beweishandlung aufzufassen ist. Vielmehr kann, da die eigentliche Beweisführung, nemlich die Gestellung des Gewähren, resp. die Ableistung des Helfereides über die stattgehabte Ladung desselben, erst in einem späteren Termine erfolgt, gar kein Zweifel darüber obwalten, dass sich jener Schwur des Beklagten als ein „iuramentum calumniae“, als ein Voreid characterisirt. Dass ein derartiges Erforderniss gerade bei dem Gewährszuge aufgestellt wurde, erklärt sich daraus, dass bei diesem Vertheidigungsmittel die Gefahr einer missbräuchlichen Anwendung desselben seitens des Beklagten ganz besonders nahe lag. Dem Kläger sollte daher eine Garantie dafür gegeben werden, dass Beklagter nicht etwa in der Absicht, die Entscheidung des Processes hinauszuschieben oder sich und die Sache dem Verfahren gänzlich zu entziehen, Frist zur Herbeischaffung des Gewähren und Erlaubniss zum Verlassen der Gerichtsstätte oder des Gerichtsbezirks erbat. Weiter ist in Betracht zu ziehen, dass mit dem Gewährszuge grosse Bemühungen und Kosten verbunden waren, welche in denjenigen Rechtsgebieten, in denen der Kläger dem Beklagten zu dem Gewähren folgen musste, auch den ersteren trafen, und zu deren Aufwendung derselbe daher nicht aus blosser Chicane veranlasst werden sollte. Dieser Umstand ist übrigens noch nach einer anderen Richtung hin von Interesse. Bereits früher[40]) ist nemlich hervorgehoben worden, dass auch der Voreid des Klägers hauptsächlich, wenn nicht gar ausschliesslich dann abzuleisten war, wenn Beklagter sich auf derivativen Erwerb von einem bekannten Dritten berufen hatte. Auch die diesbezüglichen Vorschriften zielen nun unzweifelhaft dahin, den Beklagten, welcher sich auf eine so zeitraubende und kostspielige Vertheidigung einliess, in gleicher Weise wie den Kläger, der sich dieselbe gefallen lassen musste, gegen ein doloses oder muthwilliges Vorgehen des Gegners zu sichern. Auf dieselben Gründe ist es zurückzuführen, dass, wie unten dar-

[40]) Vgl. oben § 7.

gethan werden soll, neben dem gedachten Voreide oder an Stelle desselben Cautionsleistung für die Sache und die Kosten oder andere Sicherungsmassregeln vorgeschrieben werden. Endlich mag bei Festsetzung der Verpflichtung des Beklagten, das „ziehen czu rechter czucht“ zu beschwören, auch noch die Absicht mitgewirkt haben, den Kläger gegen die Vorschiebung einer an dem Rechtsstreite in Wahrheit nicht betheiligten Person sicherzustellen. Ausschliesslich in dieser Bedeutung erscheint der Eid des Beklagten in einigen dem späteren Mittelalter angehörigen Rechtsquellen, nach welchen derselbe nicht vor, sondern erst nach erfolgter Gestellung des Auctors abzuleisten ist, und zwar in folgender Fassung:

> daz he sinin rechtin werin bracht habe,
> daz he rechte were si.

B. Durchführung des Gewährszuges.

Was die Durchführung des Gewährszuges betrifft, so finden wir in den Quellen zwei verschiedene Systeme vertreten. Nach der Mehrzahl der Volksrechte und nach einem Theile der Rechtsaufzeichnungen des späteren Mittelalters hat der Anefangsbeklagte seinen Auctor zu gestellen, während andere Rechte, insbesondere das langobardische und das sächsische, vorschreiben, dass der Kläger dem Beklagten zu dem Auctor folgen müsse. Die letztgedachte Anordnung hat den Sinn, dass die Parteien sich nach erfolgter Litiscontestation vor dasjenige Gericht begaben, bei welchem die als Auctor benannte Person dingpflichtig ist. Hier findet dann die Fortsetzung des Rechtsstreites statt, welcher, falls der angerufene Auctor in den Process eintritt und seinerseits von Neuem zu Gewähr zieht, wieder an ein anderes Gericht devolvirt werden kann. Nach den zuerst gedachten Quellen, welche die Gestellung des Auctors vorschreiben, spielt sich dagegen regelmässig der ganze Anefangsprocess von seinem Beginne an bis zu der definitiven, zwischen dem Kläger und dem letzten Gewähren zu treffenden Entscheidung in demselben Gerichtsstande ab. So bestimmt:

> Lex Salic. 47 c. 2. Ista omnia in illo mallo debent fieri, ubi ille est gamallus super quem res illa primitus fuit agnita aut intertiata.

Das Gleiche gilt für das ribuarische Recht[41]), nach welchem Beklagter jedoch, wenn er auf einen „extra regno" wohnenden Auctor zieht, die Wahl hat, ob er denselben „ad regis staffolo vel ad eo locum, ubi amallus (amallatus, mallatum, mallus) est, in praesente habere" will. Einzelne angelsächsische Gesetze[42]) verordnen sogar kategorisch, dass der Gewährszug stets „an des Königs Saal" zu richten sei.

Zur Gestellung des Auctors wird dem Beklagten eine Frist gegeben, welche nach zahlreichen Quellen für den Fall, dass der Gewähre innerhalb derselben nicht gefunden wird, noch einmal oder zweimal weitererstreckt werden darf. Die Länge dieser Frist ist durch das objective Recht normirt, und dieselbe darf nur mit Einwilligung des zur Gewähr Ziehenden abgekürzt werden. Nach salischem Rechte hat die Gestellung des Auctors regelmässig binnen 40, nach der Lex Ribuaria und dem Gros der Quellen des späteren Mittelalters regelmässig binnen 14 Nächten zu erfolgen. Ein längerer Zeitraum wird dem Beklagten bewilligt, wenn der Wohnort des angerufenen Gewähren so weit von dem Anefangsgerichte entfernt ist, dass die Herbeischaffung desselben binnen der gewöhnlichen Frist, unmöglich oder wenigstens äusserst schwierig sein würde. Vergl. z. B.

> Lex Ribuar. 33 c. 1 Et sic infra ducato est, super 14 noctes auctorem suum repraesentit. Si foris ducato, super 42. Si autem extra regno, super 84

Auch die Lex Salica kennt neben der Frist von 40 Nächten eine solche von 80 Nächten: dieselbe greift jedoch nicht, wie man erwarten müsste, bei zu weiter Entfernung des Wohnorts des Gewähren Platz, sondern dann wenn der Anefangskläger und der Anefangsbeklagte jenseits der Grenzen des altsalischen Landes wohnen. Vergl.

> Lex Salic. 47 c. 1 . . . si citra Ligere aut Carbonariam ambo manent et qui agnoscit at apud quem cognoscitur in noctis XL placitum faciant c. 2 in fin. Quod si trans Legerem aut Carbonaria mannent, cum quibus res illa agnoscitur, LXXX noctis lex ista custodiatur.

[41]) Lex Ribuar. 33 c. 1,

[42]) Hlothar's und Eadric's Ges. c. 16. Aethelred's Ges. III c. 6 Schmid a. a. O. S. 14. 15. 214. 215).

Diese merkwürdige Bestimmung, welche zu erheblichen Bedenken Anlass giebt, erklärt sich daraus, dass die Lex Salica, abweichend von fast[43]) sämmtlichen übrigen Quellen anordnet, dass in dem zwischen dem Anefangskläger und dem Anefangsbeklagten zu verabredenden gerichtlichen Termine nicht bloss der unmittelbare Vormann des Letzteren, sondern auch alle weiteren Vorbesitzer desselben gestellt werden müssen. Das soeben citirte c. 1 Lex Salic. 47 fährt nemlich fort:

> et inter ipso placito qui interfuerit qui caballo ipso aut venderit aut cambiaverit auf fortasse in solutionem dederit, omnes intro placito isto communiantur, hoc est ut unusquisque cum negotiatoribus alter alterum admoneat.

Hätte man nun bei der Bestimmung jenes „placitum" die Entfernung des Wohnsitzes des ersten Gewähren in Betracht gezogen, so wäre die gleiche Rücksichtnahme auch hinsichtlich des Wohnsitzes der übrigen Gewähren geboten gewesen. Da nun der Anefangsbeklagte regelmässig nur seinen eigenen Auctor kannte, musste bei Abmessung der dem Ersteren zu ertheilenden Frist ein anderer Gesichtspunkt zu Grunde gelegt werden.

In ältester Zeit wurde der Gewährszug so lange fortgesetzt, bis entweder der Dieb ermittelt worden war oder bis die Beklagtenrolle auf eine Person überging, welche sich nicht durch das „trahere ad auctorem", sondern auf andere Art vertheidigte,

[43]) Etwas Aehnliches wird meines Wissens nur noch in folgender Stelle angeordnet: Wiener Stadtrecht bei Rauch, Scriptores rer. Austriac. Bd. III. S. 169: „Als der tag dann kumpt das man den ersten gewern stelle der pewtet wol seinen gwern. Er mag aber sein nicht tag gehabn; wann des ersten tags gewern hat man wol tag die andern gewern die man da gepewt die muessen ze stet sein da alle. Wann wo geraubtes guet verfangen wirt, das hat nur tag des ersten gewern". Auch hier handelt es sich jedoch um eine Ausnahmevorschrift, welche lediglich bei geraubten Sachen Anwendung findet; denn bei der Diebstahlsverfolgung, welche recht eigentlich zur Ermittelung des unbekannten Thäters (der Räuber ist, weil sein Vergehen die Heimlichkeit begrifflich ausschliesst, regelmässig bekannt) bestimmt ist, greifen auch nach dem Wiener Stadtrecht die gewöhnlichen Grundsätze Platz. Vergl. ibid. S. 172: Als der tag dann chumbt, das man den ersten gewern stellet der pewt dann auch wol sein gewern zu einem rechtn tag. Also pewt ain gwer den andern vnd habent alle mit recht wol ir teg vmb verstollens guet vncz das man kumpt auf den lecztn gewern

In einem Theile der späteren Quellen ist dieser ursprüngliche Rechtszustand erheblich modificirt worden, einerseits dadurch, dass jetzt nur noch auf eine beschränkte Zahl von Gewähren gezogen werden durfte, andererseits dadurch, dass die Verpflichtung des Anefangsklägers, dem Beklagten zu seinem Gewähren zu folgen, räumlich begrenzt wurde. Hierüber kann jedoch das Nähere erst im zweiten Abschnitte dieser Abhandlung mitgetheilt werden.

In dem zur Gestellung des Auctors bestimmten Termine konnte das Anefangsverfahren einen verschiedenartigen Verlauf nehmen, und zwar verdienen insbesondere folgende Eventualitäten Berücksichtigung.

I. Der Auctor erscheint.

a) Er übernimmt die Gewährschaft.

Falls der angerufene Auctor in dem zur Fortsetzung des Verfahrens bestimmten Termine anwesend ist und die Erklärung abgiebt, dass Beklagter in Wahrheit den Besitz der intertiirten Sache von ihm überkommen habe, gilt die Einrede, deren Feststellung durch den Gewährszug herbeigeführt werden soll, als dargethan. Der ursprüngliche Beklagte scheidet demgemäss aus dem Processe aus, während der bekennende Auctor an seiner Stelle die Beklagtenrolle übernimmt und dem Kläger gegenüber in die gleichen Rechte und Pflichten eintritt, als wenn die Sache von vorneherein unter ihm mit Anefang belegt worden wäre. Der Gewähre wird also Processpartei: er muss auf die Klage antworten, er kann Beweis für die von ihm geltend gemachten Einreden antreten und seinerseits von Neuem zur Gewähr ziehen. Das ergeben insbesondere die folgenden Quellenzeugnisse:

Sachsensp. II, 36 § 5. Wirt he's gewert alse recht is, die gewere mut antwerden an siner stat vor it gut.

Magdeburg. Breslau. System. Schoeffenr. III. 2 c. 96 in fin. Geschege abir daz der man, dem eyn pfert wurde an gesprochin, synyn gewern, dez her sich vormessin hatte und uf den heylegin sich mit dem eyde geczogin hat, uf den benumptyn tag gestelle und ym des koufis bekente, zo sal der gewer desyn vntwern ader syn gelt wedir gebin vnd mus dem erstin anevenger antwortin vmme daz pfert, ab her en anspricht und sich dor czu czuhit, alz recht ist und zo mag sich der gewer ouch

vorwert wol czihin an synyn gewern, alz der erste, adir sich vorantwortin alz hy vor geschrebin stet.

Mit besonderer Schärfe wird die hierin liegende Abweichung des deutschen Rechtes von dem römischen in folgender Stelle betont:

Glosse zu Edict. Rothar. c. 231 (Monum. Germ. hist. leg. sect. I. tom. IV. p. 357). Nam si possidens auctorem habuerit, non exercetur ea actio contra tenentem, sed pocius contra auctorem quia Longobardus semper dat auctorem et numquam stat loco auctoris, at Romanus semper stat loco auctoris et nunquam auctorem dat.

Von wie tief einschneidender Bedeutung der Eintritt des Gewähren in den Process ist, geht daraus hervor, dass die Fortsetzung des Verfahrens gegen den Auctor in einem Theile der Quellen als eine neue Klage aufgefasst wird. So wendet sich nach den langobardischen Formeln[44]) der Anefangskläger mit der Frage an den Gewähren:

„quid tibi pertinet?"

Nach anderen Rechtsaufzeichnungen muss die Handauflegung auf die Sache jedem einzelnen Gewähren gegenüber wiederholt und die für die richterliche Mitwirkung bei der Beschlagnahme der *düve* zu entrichtende Gebühr bei jedem Schube von Neuem bezahlt werden. Weiter scheint in der soeben citirten Bestimmung des Magdeb. Bresl. System. Schoeffenrechts vorausgesetzt zu werden, dass der Anefangskläger sich auch dem in den Process eingetretenen Auctor gegenüber zu der Sache ziehen, d. h. den von ihm beim Beginne des Processes unter Handauflegung auf die Sache abgeleisteten Eid nochmals schwören muss. Besonders characteristisch ist endlich folgende Bestimmung:

Rechtsb. von Mühlhausen bei Förstemann, Neue Mittheilungen, Bd. VII S. 87. wil dan die man daz guit andirweidi vordiri. so sal he sienin aniuanc abir geibi alsi von erist. vndi sal dan sprechi vffi din andirin alse uffi din eristin.

Aus dieser Stelle ergiebt sich, dass der Anefangskläger, obgleich er nach dem Rechtsbuch von Mühlhausen[45]) Caution dafür leisten muss, „daz he sini clagi volvuri undi volvordiri", dennoch

[44]) Vgl. z. B. lib. Pap. form. ad. ed. Roth. c. 231 u. 232.

[45]) A. a. O. S. 86.

zur Fortsetzung des Verfahrens gegen den Auctor **nicht** verpflichtet ist. Es wird hier also der Möglichkeit gedacht, dass der Anefangskläger nach erfolgter Gestellung des ersten Gewähren von der weiteren Verfolgung des Processes Abstand nimmt und auf die Rückforderung der intertiirten Sache verzichtet. Auch die soeben citirte Bestimmung des Systemat. Schoeffenrechts verpflichtet den Auctor nur dann zur Antwort auf die Anefangsklage „*ab her* (der erste anevenger) *en anspricht*", und die übrigen oben angezogenen Stellen schliessen jeden Zweifel darüber aus, dass es von dem Ermessen des Klägers abhing, ob er den Anefang wiederholen und den „forfang" von Neuem zahlen wollte. Vergleicht man nun diejenigen Vorschriften, welche eine Beschränkung des Gewährszuges auf eine bestimmte Zahl von gewähren anordnen, so wird es wahrscheinlich, dass das Anefangsverfahren in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen der Gewährszug einer solchen Beschränkung nicht unterlag, thatsächlich sehr häufig nicht zu Ende geführt, sondern bereits vor Erlass der definitiven Entscheidung über den reipersecutorischen Anspruch des Klägers abgebrochen wurde.

Die mit dem Eintritte des Gewähren verbundene Retradition der mit Anefang belegten Sache ist bereits oben in § 11 ausführlich besprochen worden. Auf die materielle Bedeutung dieses Actes und die sich an denselben anschliessende Rückzahlung des Kaufpreises an den ausscheidenden Beklagten kann erst später (§ 14) näher eingegangen werden.

b) **Der erschienene Auctor lehnt die Uebernahme der Gewährschaft ab.**

Diesen Fall behandelt:

> **Lex Ribuar.** 33 c. 3. Quod si auctor suos venerit et rem interciatam recipere rennuerit, tunc illi, super quem interciata est, capitale et dilatura adque texaga (in codd. B.: furtum) solvere studeat.

Nach dieser Vorschrift soll also der Anefangsbeklagte, wenn der von ihm angerufene Auctor die Erklärung abgiebt, dass er den Eintritt in den Process verweigere, in vollem Umfange sachfällig werden. Fraglich kann dabei erscheinen, ob diese Rechtsfolge nach der Lex Ribuaria unter allen Umständen eintrat oder ob Beklagter berechtigt war, den leugnenden Auctor seiner Gewährspflicht zu überführen. Für die Annahme, dass dem altribuarischen Rechte ein derartiger Zwischenstreit zwischen Ane-

fangsbeklagten und Auctor unbekannt gewesen sei, könnte zunächst geltend gemacht werden, dass Ersterer auch nach dem c. 2 h. t. nur dann von der Diebstahlsbusse frei wird, wenn der Auctor seine Verpflichtung zur Gewährleistung durch Zurücknahme der Sache und Zurückzahlung des Kaufpreises anerkennt. Weiter kommt in Betracht, dass eine für das ribuarische Rechtsgebiet erlassene, aus späterer Zeit herrührende Vorschrift die Zulässigkeit der Ueberweisung des Auctors als einen neuen Rechtssatz hinzustellen scheint. Vergl.:

> Capitul. leg. Ribuar. add. de a. 803 c. 7. (Monum. Germ. histor. leg. sect. II. t. I. ed. Boretius p. 118). Si auctor venerit et rem interciatam recipere rennuerit, campo vel cruce contendatur.

Diese Bestimmung kann jedoch auch lediglich den Zweck haben, die in dem Zwischenstreite zwischen dem Beklagten und dem Auctor anzuwendenden Beweismittel anderweitig zu regeln; einen sicheren Rückschluss auf das ältere ribuarische Recht dürfte dieselbe daher kaum zulassen.

Daraus, dass der leugnende Gewähre sich im Zweikampfe oder durch Gottesurtheil reinigen muss, geht nun bereits hervor, dass die zwischen ihm und dem Beklagten ergehende Entscheidung gleichzeitig für die Beantwortung der Frage, wer von ihnen Beiden als Dieb bestraft werden soll, präjudicirlich ist. Ein Zweifel kann nur darüber entstehen, ob der in dem Incidentstreite mit dem Beklagten unterliegende Auctor ohne Weiteres auch dem Kläger gegenüber sachfällig wurde, oder ob Ersterer nunmehr trotz seines anfänglichen Leugnens seine Vertheidigung in gleicher Weise führen konnte, als wenn er die Gewährschaft nicht gezwungen, sondern freiwillig übernommen hätte.[46]) Für die leztere Annahme spricht zunächst die Vergleichung der langobardischen Formel zu Capitul. Otton. I. c. 7, in welcher sich folgender Passus findet:

> Et cum venerit ad warentem, interroget: „tradidisti

[46]) Dem practischen Resultate nach dürfte es übrigens kaum einen fühlbaren Unterschied gemacht haben, ob der von dem Beklagten überwiesene Auctor ohne Weiteres als Dieb verurtheilt oder zunächst zur Reinigung von der in dem Anefang liegenden Beschuldigung verstattet wurde. Höchst wahrscheinlich war derjenige, welcher seinen früheren Besitz an der intertiirten Sache abgeleugnet hatte, kaum jemals in der Lage, denselben später durch den Nachweis des redlichen Erwerbes zu legitimiren.

> michi hanc rem?“ Si dixerit: „non“, campo contendat vel approbet, cui res interciata est; et post vadat placitum, veluti si statim confessus fuerit, se esse warentem. Sed campo contendere vel probare si non potuerit, tunc ille qui warens dicebatur iuret se non tradidisse.

Das Gleiche ergiebt sich auch aus den Vorschriften der späteren Quellen, welche den hier erörterten Fall betreffen, insbesondere aus folgender Stelle:

> Schwabensp. (Gengler) c. 268 § 5. Spricht er aber, im hab ez einer gegeben, der in einem andern gerihte ist gesezen: da muz er hin varen, und muz daz gut uf in schieben. Da vert iener niht mit im hin; er wartet vor dem gerihte, da er ez funden hat.

Da hier vorausgesetzt wird, dass der Incidentstreit zwischen dem Anefangsbeklagten und dem Auctor nicht in dem Anefangsgerichte, sondern in dem persönlichen Gerichtsstande des Letzteren und zwar in Abwesenheit des Anefangsklägers stattfindet, so kann der Auctor selbstverständlich zunächst nur dazu verurtheilt werden, die Sache zu „enphahen“ d. h. die Gewährschaft zu übernehmen und sich dem vor einem anderen Gerichte wartenden Kläger zu gestellen. Auch diejenigen Rechtsaufzeichnungen, nach welchen der Kläger dem Beklagten zu dem Auctor folgen muss, schliessen den Letzteren, wenn er seine Gewährspflicht vollständig abgeleugnet hat, derselben jedoch überwiesen worden ist, von der weiteren Vertheidigung nicht aus. Hat der Auctor dagegen zugestanden, dass Beklagter die Gewahrsam der Sache von ihm überkommen habe, so muss er in den Process eintreten, falls er nicht als Dieb oder Diebesgenosse gelten und als solcher bestraft werden will. Vergl.:

> Sachsensp. III, 4 § 2. Sve so kopinge bekant, die sal durch recht gewere wesen des he verkoft hevet; wende he is dief oder dieves genot, die der kopinge bekant unde der gewere besakt, he ne hebbe sie utgesceiden mit getüge, do he sie verkofte.

Wenn in dem Schlusse der obigen Stelle anerkannt wird, dass der Verkäufer einer Sache die Verpflichtung zur Gewährleistung vertragsmässig ausschliessen dürfe, so bezieht sich diese Vorschrift unzweifelhaft in erster Linie, wenn nicht ausschliesslich auf den Fall, dass der Auctor die Sache von einem Unbekannten erworben und demgemäss bei der etwa erfolgenden

Entwährung der Sache seinerseits keinen Regress hat. Ein derartiges Uebereinkommen zielt also lediglich dahin, den Verkäufer für den Fall der Eviction der verkauften Sache von der civilrechtlichen Haftung für die Rückerstattung des von seinem Contrahenten gezahlten Kaufpreises zu befreien. Würde der Verkäufer durch jenes pactum das Recht erworben haben, auch dem Kläger gegenüber die Auskunft über die Art des Erwerbes zu verweigern, so hätte man dem Dieb die Möglichkeit gegeben, sich der strafrechtlichen Verantwortung gänzlich zu entziehen, und ausserdem dem wissentlichen Erwerbe gestohlener Sachen Vorschub geleistet. Da dieses unmöglich beabsichtigt werden konnte, nehme ich an, dass der Auctor, auch wenn er sich auf ein solches pactum adiectum berief, auf Verlangen des Klägers seinen Erwerbstitel beweisen musste. Weiter halte ich es für wahrscheinlich, dass das Erforderniss der Zuziehung von Zeugen beim Abschlusse eines derartigen Vertrages gerade zu dem Zwecke aufgestellt wurde, um jeden Zweifel über das Motiv jener Abmachung und über die Redlichkeit der Contrahenten von vorneherein auszuschliessen.

Was die Vertheilung des Beweisrechts bei dem Streite um die Gewährleistungspflicht betrifft, so ist im Allgemeinen daran festzuhalten, dass der von dem Beklagten gegen den Auctor zu erhebende Anspruch unter den Begriff der schlichten Klage um Schuld fällt. Nach dem früher entwickelten Principe müsste also, da der Angriff von dem Beklagten ausgeht, die als Auctor in Anspruch genommene Person zum „schlichten versaken" d. h. falls Beklagter nicht etwa eine verstärkte Form der Ansprache gewählt hat, zur Ableistung des Unschuldseides gelangen. Die Richtigkeit dieser Annahme bestätigen ausser den soeben citirten langobardischen und ribuarischen Quellenzeugnissen insbesondere auch die angelsächsischen Gesetze.[47]) Die gegentheilige Behauptung Schmidt's[48]), dass nach den letzteren nicht der Auctor, sondern der Beklagte den Beweisvorzug gehabt habe, beruht nemlich ausschliesslich auf solchen Bestimmungen, welche sich offenbar als Ausnahmevorschriften charakterisiren. So soll z. B. dann, wenn der Auctor lediglich die Identität der mit Anefang belegten Sache mit der von ihm verkauften bestreitet,

[47]) Vergl. z. B. Ine's Ges. 35 § 1. (Schmid a. a. O., S. 36. 37.)

[48]) A. a. O., S. 661. Die von Schmid angezogene Stelle aus den Gesetzen Edward's gehört gar nicht hierher.

„der, der die Gewähr zu dieser Hand zog, erhärten, dass er ihm nichts Anderes verkaufte, als gerade dies.“[49])

Weiter gelangt der Beklagte dann zum Beweise, wenn der Auctor, ohne Erben zu hinterlassen, verstorben ist.[50]) Diese Anordnung wird sogar mit ausdrücklichen Worten als eine Abweichung von dem oben an die Spitze gestellten Princip bezeichnet in

Aethelred's Ges. II, 9 § 3. (Schmid a. a. O. 210. 211.): Wenn er (der Todte) aber solche Freunde hat, die das zu thun (ihn zu reinigen) wagen, so breche der Gewährszug so gut, wie wenn er am Leben wäre und selbst den Widerspruch erhöbe; es stehe dann als Dieb schuldig, wer es in der Hand hat; denn immer ist das Ableugnen stärker als das Behaupten (forþâm â bið andsaec swîðere þonne onsagn).

Das gleiche Princip finden wir in den Quellen des späteren Mittel alters wieder, so z. B. in folgender Stelle:

Sachsensp. III, 4 § 1. Mit süsgedanen tügen ne mach aver neman den anderen nicht to geweren gewinnen, of en ander man dat gut under ime anevanget, wende he untgat ime mit siner untscult.

Andere Grundsätze werden nur in dem Magdeburger Recht aufgestellt, in welchem das Ansprechen mit Privatzeugen in weitestem Umfange zur Herrschaft gelangt war.[51]) Von besonderem Interesse ist es, dass hier der Unterschied gemacht wird, ob die Klage „bürgerlich“ angesetzt worden ist oder ob der Kläger die Sache „peinlich“ angesprochen hat, sei es „mit dem anevange“ oder „kempflich“. Für den ersteren Fall bestimmt die

Blume von Magdeburg (Boehlau) II, 2 c. 3. Cczut sich ein man mit einr varende habe an eynen alz an seinen geweren vnd spricht, daz er sy im gebin[52]) hab,

[49]) Ine's Ges. c. 75 (Schmid a. a. O., S. 56. 57).

[50]) Ine's Ges. c. 53. Aethelred's Ges. II, 9 § 2 (Schmid a. a. O., S. 46. 47. 210. 211).

[51]) Vergl. hierüber Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 33 ff., Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I., S. 840 ff.

[52]) Dass für verkauftes Gut die gleichen Grundsätze gelten, ergiebt sich aus c. 6 ibid.

> daz mus er billiclychir selbdritte behaldin, den ienr vnschuldig dauon werdin muge.

Bei der peinlichen und der Anefangs - Klage hat dagegen eine derartige Beweisführung des Beklagten nur die Wirkung, dass ihm das Leugnen des Auctors nicht „czu seime rechte schat“[53]), während er in diesem Falle

> „den gebir (d. h. den leugnenden Auctor) czu geweren mit geczuge nicht irkrygin mag, iz in were denne, daz der geber der gabe bekennen wolde.[54])

Welche rechtlichen Folgen nach den Quellen des späteren Mittelalters eintraten, wenn der Anefangsbeklagte in dem Zwischenstreite mit dem Auctor unterlag und ihm also „Bruch an dem Gewähren“ wurde, kann erst später untersucht werden. In der fränkischen Periode wurde Beklagter in diesem Falle nicht bloss nach ribuarischem Rechte, sondern zweifellos auch nach den übrigen Volksrechten ohne Weiteres als Dieb angesehen und bestraft.

II. Der Auctor ist geladen worden, erscheint aber nicht.

Die Lex Salica und die Lex Ribuaria enthalten keine ausdrückliche Vorschrift über den in den Quellen des späteren Mittelalters so häufig erwähnten Fall, dass der Anefangsbeklagte den von ihm benannten Gewähren überhaupt nicht auffindet. An Stelle dessen behandeln sie die in dem Folgenden zu erörternde Eventualität, dass der Auctor zwar geladen wird, aber nicht erscheint. Die hierher gehörigen Vorschriften lauten:

> Lex Salic. 47 § 2. Et si quis (d. h. einer der Vormänner des Anefangsbeklagten) commonitus fuerit et eum sunnis non tenuerit et ad placitum venire distulerit, tunc ille qui cum eo negotiavit, mittat tres testes, quomodo ei nunciasset ut ad placitum veniret et alteros tres quod publice ab eo negotiasset. Istud si fecerit, exuit se de latrocinio. Et ille qui non venerit super quem testes juraverunt, ille erit latro illius qui agnoscit et precium reddat illi qui cum illo negociavit et ille secundum legem conponat illi qui res suas agnoscit.

[53]) Ibid. c. 5.

[54]) Ibid. c. 4.

Lex Ribuar. 33 c. 2. Quod si eum ibidem habere non potuerit, sibi septimus in harao coniurit, quod eum ibidem legibus mannitum habuisset, et ei ab alio homine ipsa res tradita non fuisset. Sic ei placitum super 14 seu super 40 vel 80 noctis detur, ut de cinu werduinia sua in praesentia testibus recipiat, et ei, qui rem suam interciavit, probabiliter ostendat. Et tunc ipse de taxaga securus sit, et ille, qui interciavit, texaga et dilatura ad eum requirat, qui solvere coepit.

Soviel geht nun aus den vorstehenden Bestimmungen mit voller Deutlichkeit hervor, dass der Anefangsbeklagte, resp. derjenige Gewähre, dessen Vormann in dem verabredeten Termine nicht erscheint, nichtsdestoweniger die Verurtheilung zur Zahlung der Diebstahlsbusse von sich abwenden kann. Zu diesem Zwecke muss er einen zwiefachen Beweis erbringen (nach salischem Rechte unter Zuziehung von je 3 Zeugen, nach ribuarischem selbsiebent [55]), einmal nemlich für die vorschriftsmässig erfolgte Ladung des Ausgebliebenen und weiter darüber, dass er den Besitz der intertiirten Sache in Wahrheit von dem Letzteren überkommen habe. Gelingt diese Beweisführung, so lässt die Lex Salica anscheinend ohne Weiteres die Rechtsfolge eintreten, dass der Beklagte freigesprochen und der nicht erschienene Auctor als Dieb angesehen und zur Zahlung der compositio furti verurtheilt wird. Nach der Lex Ribuaria muss dagegen, um das gleiche Resultat herbeizuführen, zunächst noch das „recipere" der „cinewerdunia", über welches sogleich Näheres folgt, vorgenommen werden.

Sehen wir nun vorläufig von der letztgedachten Eigenthümlichkeit des ribuarischen Rechtes ab und bleiben wir bei dem Wortlaute der Lex Salica stehen, so interessirt in erster Linie die Anordnung, dass der geladene, aber nicht erschienene Auctor in contumaciam als Dieb verurtheilt werden soll. In der bis-

[55]) v. Bethmann-Hollweg a. a. O., Bd. IV, S. 485, nimmt an, dass nach ribuarischem Rechte die Zuziehung von 7 (?) Eideshelfern erforderlich gewesen sei. Sohm, Process, S. 111, Anm. 33 und Siegel, Gerichtsverfahren, S. 257, halten die Mitschwörenden für Zeugen. Die letztere Annahme dürfte, insbesondere wenn man Lex Ribuar. 72 c. 1 (cum sex testibus in harao coniurare) zur Vergleichung heranzieht, die grössere Wahrscheinlichkeit für sich haben. Der in Lex Ribuar. 33 c. 4 angeordnete Siebenereid ist allerdings zweifellos mit Eideshelfern abzuleisten.

herigen Litteratur[56]) hat man diese Vorschrift ohne weitere Be-Bemerkung als selbstverständlich hingenommen, obgleich dieselbe bei genauerer Prüfung zu den schwerwiegendsten Bedenken Anlass giebt. Allerdings steht uns ausreichendes Material, um eine Abweichung der Lex Salica von dem gemeingermanischen Rechte zu constatiren, nicht zur Verfügung, da der Fall, dass der Auctor trotz erfolgter Ladung nicht erscheint, unseres Wissens nur noch in dem Augsburger Stadtrecht[57]) erwähnt wird. Hier wird folgende Anordnung getroffen:

> Ist ab er daz sin schup gesaezzen ist in des rihters gerihte, so sol im der richter sinen schup twingen, ob er mak Nennet er aber einen schup, der in einem anderen gerichte sitzet, und des im der richter niht genoeten mak, den soll er stellen, ob er mak. Mag aber er des nicht getun, so soll er dem richter buzen nach genaden.

In Augsburg wurde hiernach das Erscheinen des Gewähren, wenn derselbe in dem Anefangsgerichte dingpflichtig war, direct erzwungen, während es im anderen Falle dem Beklagten überlassen blieb, denselben vorzubringen. Konnte Beklagter diese Verpflichtung nicht erfüllen, so trafen ihn die gleichen Nachtheile, als wenn er seinen Auctor überhaupt nicht gefunden hätte; ein Urtheil gegen den Letzteren wurde dagegen nicht erlassen. Da ähnliche Grundsätze auch nach den meisten übrigen Particularrechten, in denen die Gestellung des Gewähren vorgeschrieben wird[58]), gegolten haben dürfte, so könnte bereits in der Zulassung des Contumacialverfahrens gegen den ausbleibenden Auctor eine Eigenthümlichkeit der Lex Salica gefunden werden. Von viel grösserer Tragweite sind aber die weiteren Bedenken, welche gegen die hier erörterte Bestimmung geltend gemacht werden können. Zunächst scheint nemlich in dem § 2 cit. nicht

[56]) Vergl. Siegel, Gerichtsverfahren, S. 257. v. Bethmann-Hollweg a. a. O., Bd. IV., S. 485. Diese Schriftsteller erkennen den Unterschied, welcher zwischen den hier erörterten Vorschriften des salischen und ribuarischen Rechtes besteht, ausdrücklich an, während Sohm, Process, S. 108 ff., die Vorschriften der beiden Volksrechte zusammenfasst. Auch er erklärt jedoch: „Bleibt der Auctor aus, so ist er der Dieb.“ „Der ausgebliebene Auctor hat die Busse zu zahlen.“

[57]) Art. 34 § 3 (Meyer, S. 98).

[58]) Vergl. z. B. Schwabensp. (Gengler) c. 268 § 5.

bloss die strafrechtliche Verurtheilung des „ille, qui non venerit super quem testes iuraverunt“ angeordnet, sondern weiter auch die executivische Beitreibung der gegen denselben verhängten Diebstahlsbusse für zulässig erklärt zu werden[59]), obgleich für den altsalischen Delictsprocess[60]) im Allgemeinen das Princip gilt, dass die Zwangsvollstreckung nur auf Grund eines von dem Exequenden abgeleisteten Urtheilserfüllungsgelöbnisses stattfinden darf.[61]) Völlig unerklärt bleibt dabei, auf welche Art der in § 2 cit. festgesetzte Anspruch auf die compositio furti realisirt werden sollte, wenn der ausgebliebene Auctor — wie das regelmässig der Fall gewesen sein wird — dem Anefangskläger nicht persönlich bekannt war oder wenn derselbe in einer anderen, vielleicht weit entfernten Grafschaft oder gar ausserhalb des altsalischen Rechtsgebietes wohnte. Welcher Mittel konnte sich bei dieser Sachlage der Anefangskläger bedienen, um dem „grafio loci illius, in cuius pago ille (hier also der verurtheilte Auctor) manet“ die Ueberzeugung zu verschaffen, dass er den Letzteren „legitime jactivo aut admallatum“ habe und

[59]) Ich schliesse dieses daraus, dass die Stelle statt des gewöhnlichen „culpabilis iudicetur“ direct anordnet: „pretium reddat“, resp. „secundum legem conponat.“ Im Uebrigen dürfte die im Texte vertretene Annahme, die Präsumtion der Richtigkeit für sich haben.

[60]) Da es sich hier um die strafrechtliche Verurtheilung des Auctors, also um die Seite des Anefangsverfahrens handelt, welche nach Sohm's eigenen Ausführungen (vergl. Process, S. 11. 115) dem Delictsprocesse angehört, können selbstverständlich nur die für den letzteren geltenden Grundsätze zur Vergleichung herangezogen werden. Uebrigens ist die Behauptung Sohm's, Process, S. 38 ff., dass der altsalische Process bei der Verfolgung privatrechtlicher Ansprüche allerdings in contumaciam exequiren liess, zum mindesten nicht erwiesen. Vergl. über die das Verfahren aus der fides facta behandelnden Ausführungen Sohm's die Abhandlung Behrend's in den Festgaben für Heffter, S. 57 ff.

[61]) Vergl. hierüber Siegel, Gerichtsverfahren, S. 76 ff., 160 ff., 219 ff., und Sohm, Process, S. 163 ff., 180 ff. — S. 155 ff. sucht Sohm auf Grund von Lex Salic. 40 c. 4. 5, sowie weiter auf Grund des Pactus pro tenore pacis Childeberti et Chlotharii regum c. 5. 12 und des Edictum Chilperici c. 7 (Behrend-Boretius, S. 101. 103. 107), welche sich offenbar als Ausnahmevorschriften characterisiren, den Nachweis zu führen, dass der altsalische Delictsprocess ein unbedingtes, auf Strafe lautendes Contumacialurtheil gekannt habe. In Rücksicht auf Lex Salic. 56 (de eo, qui ad mallum venire contemnit) halte ich diese Annahme jedoch für sehr wenig wahrscheinlich.

demgemäss berechtigt sei, „in furtuna suam manum mittere.“ [62]) Diese Frage tritt um so schärfer in den Vordergrund, als bei genauerer Prüfung kaum ein Zweifel darüber möglich ist, dass der ausgebliebene Auctor, welcher nach Lex Salic. 47 § 1 zur Zahlung der Diebstahlsbusse verurtheilt wird, eigentlich gar nicht als „legitime iactivus aut admallatus“ bezeichnet werden kann. Nach Allem, was wir aus den Quellen über das altgermanische Contumacialverfahren erfahren, ist es nemlich geradezu unerhört, dass gegen einen Abwesenden ein auf Strafe lautendes Urtheil erlassen wird, obgleich derselbe nur einmal, und zwar ohne Gewährung einer bestimmten Ladungsfrist, mannirt worden ist. [63]) Ganz besonders muss diese Vorschrift deshalb Befremden erregen, weil das Contumacialerkenntniss nicht in dem Gerichtsstande gefällt wird, in welchem der zu verurtheilende Auctor dingpflichtig ist, sondern in dem des ursprünglichen Anefangsbeklagten, welcher vielleicht in einem anderen Gerichtssprengel sein Domicil hat. Alle diese abnormen Sätze bilden nun aber lediglich die Consequenz der bereits früher[64]) von uns besprochenen, gleichfalls der Lex Salica eigenthümlichen Vorschrift, dass nicht bloss der unmittelbare Vormann des ursprünglichen Anefangsbeklagten, sondern auch sämmtliche übrigen Gewähren ohne Rücksicht auf die Entfernung ihres Wohnsitzes von der Gerichtsstätte in einem Termine zu gestellen sind. Um die Durchführung dieser Anordnung zu ermöglichen, musste die Lex Salica, obgleich sie ein besonderes Anefangsforum nicht kennt[65]), für die Vormänner des

[62]) Vergl. Lex Sal. 50 c. 3 und Sohm, Process, S. 168 ff., S. 18 Anm. 8. — Derselbe, Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung, S. 80.

[63]) Dass ein in der Hauptsache verurtheilendes Contumacialerkenntniss fast überall erst nach mehrmaliger Ladung des Beklagten und unter Beobachtung bestimmter zwischen den Terminen liegender Fristen erlassen werden konnte, ergiebt sich aus den Ausführungen Sohm's, Process, S. 155 ff. und Planck's, Gerichtsverfahren, Bd. II, S. 268 ff.

[64]) Vergl. oben S. 49.

[65]) Auf diesen Punkt hat bereits Sohm, Gerichtsverfassung, S. 301 ff., 398 ff., hingewiesen. Der von ihm aufgestellte Satz, dass der allgemeine Gerichtsstand nach dem ältesten fränkischen Rechte durch dieselben Thatsachen begründet wird, wie die Dingpflicht, und dass specielle Gerichtsstände in dieser Zeit kaum nachweisbar sind, führt zu der Consequenz, dass ursprünglich Niemand ausserhalb des Gerichts, dem er unterthan war, be-

Beklagten ein von ihrem allgemeinen persönlichen Gerichtsstande abweichendes forum speciale schaffen und sie zur Antwort vor einem Gerichte, welchem sie nicht angehören, zwingen. Der Gesetzgeber ging aber noch weiter und stellte, damit das ganze Intertiationsverfahren unter allen Umständen in einem Termine seine Erledigung finden könne, den Grundsatz auf, dass die erste gerichtliche Verhandlung auch dann mit einer definitiven Entscheidung endigen solle, wenn der letzte Gewähre[66]) trotz vorschriftsmässiger Ladung nicht erscheine. Es dürfte nun kaum angänglich sein, auch diese eigenthümliche Anordnung der Lex Salica (im Anschlusse an die herrschende Ansicht über die Stellung dieses Volksrechts) als „den letzten Ausläufer einer grauen Vorzeit“ anzusehen, welcher uns einen Einblick in das prähistorische „heidnische“ Intertiationsverfahren gewährt.[67]) Unserer Meinung nach lässt der Titel 47 der Lex Salica eine derartige Auffassung schon deshalb nicht zu, weil die in ihm

langt werden konnte. Diese Annahme hat unserer Meinung nach eine so grosse innere Wahrscheinlichkeit für sich, dass die Abweichung von jenem Princip, welche der Titel 47 der Lex Salica hinsichtlich der Vormänner des ursprünglichen Anefangsbeklagten enthält und welche Sohm garnicht berücksichtigt hat, als im höchsten Grade auffallend bezeichnet werden muss. Denn daraus, dass dem Beklagten die Verpflichtung auferlegt wird, seinen Auctor vor dem Gerichte, vor welchem die erste Verhandlung stattgefunden hat, zu gestellen, sagt noch nicht ohne Weiteres, dass auch der Auctor dazu verbunden ist, einer Ladung vor dieses Gericht nachzukommen. Vergl. z. B. Schwabensp. c. 268 § 5. Augsburg. Stadtr. 34 § 3. — Ueber das im späteren Mittelalter geltende Princip, dass als Anefangsforum dasjenige Gericht zuständig ist, in dessen Bezirk die Ergreifung der Sache erfolgt ist, vergl. Stobbe, Die Grundsätze der deutschen Rechtsquellen des Mittelalters über den Gerichtsstand in Becker's u. Muther's Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd. I., S. 427 ff. Laband a. a. O., S. 103, und Planck, Gerichtsverfahren, Bd. I, S. 75 ff. Für die von Planck ausgesprochene Ansicht, dass dieses Anefangsforum sich an das forum delicti commissi anschliesse, spricht insbesondere folgende Stelle: Magdeburg. Weisthum § 8 bei Tzschoppe und Stenzel, Urkundenbuch, S. 272: Item si aliquis aut equum aut alias res in manu alterius sibi sublatas deprehenderit et illum in causam traxerit, deprehensus in eodem loco respondebit et in tribus quatuordecim diebus se expurgabit.

[66]) Wie sich das Verfahren gestaltete, wenn der letzte Gewähre in dem gerichtlichen Termine erschien, dagegen einer der Zwischenmänner ausblieb, darüber giebt uns die Lex Salica keine Auskunft.

[67]) Vergl. Sohm, Einleitung zum Process der Lex Salica, S. IV. V. Heusler, Gewere, S. 489 und oben S. 20 ff.

aufgestellten Rechtssätze offenbar das Gepräge des Gemachten an sich tragen. Das gilt insbesondere von der Vorschrift, dass die Frist zwischen der Litiscontestation und der gerichtlichen Verhandlung nach der Entfernung des Wohnsitzes der ursprünglichen Parteien ohne Rücksichtnahme auf die Zahl und das Domicil der Gewähren bestimmt werden soll. Die Unbilligkeit und Zweckwidrigkeit dieser Anordnung liegt so klar zu Tage, dass wir nicht Anstand nehmen, auch an dem weiteren Inhalt des Titels 47 cit. eine Kritik zu üben, welche freilich schon im Hinblick auf das ehrwürdige Alter der in Frage stehenden Quelle sehr gewagt erscheinen wird. Unserer Meinung nach bietet nemlich die hier erörterte Vorschrift der Lex Salica eine weitere Bestätigung für unsere bereits früher[68]) angedeutete Ansicht, dass dieses Volksrecht keineswegs als eine blosse Codification des zur Zeit seiner Abfassung geltenden salischen Gewohnheitsrechtes, sondern ausserdem (und das tritt gerade in Punkten von principieller Tragweite hervor) als eine zwar reingermanische, aber theilweise doch recht tendenziöse Gesetzgebung aufzufassen ist. So nahmen wir oben an, dass die von den übrigen Volksrechten abweichenden Grundsätze, welche die Lex Salica über das Beweisrecht aufstellt, durch Erschwerung des Reinigungsbeweises auf die Beseitigung der Fehde hinzuwirken suchen. Dem Titel „de filtortis“ dürfte nun die Tendenz zu Grunde liegen, die langwierige und ermüdende Procedur, welche mit der provocatio ad auctorem verbunden war, thunlichst abzukürzen und zu vereinfachen.[69]) Das gleiche Bestreben macht sich, wie bereits oben angedeutet worden ist und im zweiten Abschnitte ausführlicher nachgewiesen werden soll, auch in zahlreichen den verschiedensten Rechtsgebieten angehörenden Quellen der späteren Zeit geltend. Nur insofern weichen die letztgedachten Vorschriften von der Lex Salica ab, als sie weniger tief einschneidende Mittel zur Erreichung dieses Zieles (z. B. Beschränkung des Ziehens auf eine bestimmte Zahl von Auctoren) anwenden. Die von der Lex Salica getroffene Anordnung ist nun zwar, soweit

[68]) § 6 Anm. 5 (S. 107).

[69]) Dass der Gewährszug nach dem ältesten Rechte ohne jede Beschränkung zulässig war und dass die Vorschriften, welche hiervon abweichen, bereits auf einer weiter vorgeschrittenen Entwicklungsstufe stehen, ist aus inneren Gründen wahrscheinlich und wird durch die unten im zweiten Abschnitte mitzutheilenden Quellenzeugnisse ausdrücklich bestätigt.

die Abkürzung des Intertiationsverfahrens in Frage kommt, die wirksamste und zweckdienlichste; dieser Vorzug wird aber dadurch völlig in den Schatten gestellt, dass ihre practische Durchführung, wenn dieselbe überhaupt stattfand, nur vermittelst eines gewaltsamen Eingriffs in berechtigte Interessen ermöglicht werden konnte.

Dass die soeben angeregten Bedenken nicht völlig grundlos sind, geht nun mit besonderer Deutlichkeit daraus hervor, dass die Lex Ribuaria bei Herübernahme des Titels 47 der Lex Salica alle diejenigen Vorschriften desselben beseitigt oder abgeändert hat, welche wir von unserem Standpunkte aus als auffallend bezeichnen mussten. Es kann daher nicht gebilligt werden, wenn Sohm[70]) die hier erörterten Bestimmungen der beiden fränkischen Volksrechte mit einem Griffe zusammenfasst und den Titel 33 der Lex Ribuaria gewissermassen als eine Ergänzung des Titels „de filtortis" behandelt. Bei dem Abhängigkeitsverhältnisse, in welchem das letztgedachte Volksrecht zu der Lex Salica steht, spricht allerdings die Vermuthung für die inhaltliche Uebereinstimmung der einander parallel laufenden Abschnitte beider Quellen. Diese Präsumtion trifft aber keineswegs überall zu[71]): vielmehr weichen die auf der Lex Salica ruhenden Vorschriften der Lex Ribuaria häufig genug so weit von ihrem Original ab, dass der zwischen ihnen obwaltende quellenhistorische Zusammenhang fast nur in Aeusserlichkeiten hervortritt. Was speciell den Tit. 33 der Lex Ribuaria betrifft, so liegen die Unterschiede zwischen ihm und der entsprechenden salischen Gesetzesvorschrift klar zu Tage. Zunächst ist nach ribuarischem Rechte in dem ersten gerichtlichen Termine nur ein Gewähre, d. h. der unmittelbare Vormann des Beklagten, zu gestellen, und die Frist zur Herbeischaffung desselben wird nach der Entfernung seines Wohnsitzes von der Dingstatt bemessen, während das Domicil der Parteien selbst nach dieser Richtung gar nicht in Betracht kommt. Ohne wesentliches Interesse ist dann die Abweichung, dass der Beweis über die vorschriftsmässige Ladung des ausgebliebenen Auctors und über das mit ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht mit 3 Zeugen, sondern selbsiebent erbracht wird. Eine principielle Verschiedenheit von tief eingreifender Bedeutung liegt dagegen in der Vorschrift

[70]) Process, S. 108. 109. Dass Siegel und v. Bethmann-Hollweg anderer Ansicht sind, ist bereits oben S. 251 Anm. 56 hervorgehoben worden.

[71]) Vrgl. auch unten § 18.

über die rechtlichen Folgen, welche jene Beweisführung des Beklagten nach sich zieht. Während die Lex Salica in unmittelbarem Anschlusse an den die letztere betreffenden Passus fortfährt:

istud si fecerit, exuit se latrocinio,

folgt in der Lex Ribuaria zunächst noch die Bestimmung über das „recipere" der „cinewerdunia" und erst dann die Anordnung:

et tunc ipse de taxaga securus sit.

Der Nachweis der Ladung des Auctors und des mit demselben abgeschlossenen Erwerbsgeschäftes reicht also nach ribuarischem Rechte zur Exculpirung des Beklagten nicht aus. Hiernach ist es aber selbstverständlich, dass nach dem letztgedachten Volksrechte beim Ausbleiben des Gewähren höchstens eine bedingte Freisprechung des Beklagten erfolgen konnte. Wahrscheinlich wird jedoch in der ersten gerichtlichen Verhandlung überhaupt kein Urtheil in der Sache selbst, sondern lediglich eine Entscheidung über die dem Beklagten zu bewilligende, neue Frist gefällt.[72]) Hieraus würde dann weiter folgen, dass auch die Verurtheilung des nicht erschienenen Auctors erst nach dem „recipere" der „cinewerdunia" stattfinden kann. Demgemäss entsteht aber die Frage, auf welche Art der Anefangskläger das in dem letzten Satze des c. 2 erwähnte „requirere" der „texaga et dilatura" von dem Gewähren, „qui solvere coepit", zu bewerkstelligen hat.[73])

Wir sind nun mit Sohm[74]) vollkommen darüber einverstanden, dass „cinewerdunia" dem Sinne nach identisch mit „pretium" ist. Das „recipere" der „cinewerdunia" bezieht sich also zweifellos auf die Rückzahlung des Kaufpreises seitens des ausgebliebenen Auctors an den Anefangsbeklagten. Daraus, dass

[72]) Uebereinstimmend Siegel a. a. O., S. 258.

[73]) Ueber diese unserer Meinung nach am meisten interessirende Frage geht Sohm vollständig hinweg.

[74]) Process, S. 109, Anm. 30, wo gleichzeitig die frühere Litteratur citirt wird, und R. Loening, Vertragsbruch, S. 106 ff. Die etymologische Erklärung des Worts: „*sine werdunge*" scheint mir übrigens nicht unmöglich. Vermuthlich vermeidet das c. 2 Lex Ribuar. 33 den Ausdruck „pretium" nicht bloss deshalb, weil in Gemässheit der cc. 6 und 7 des Titels 72 bei partiellem Untergange der intertiirten Sache nur der gegenwärtige Werth derselben zu erstatten ist, sondern auch aus dem Grunde, weil der Anefangsbeklagte möglicherweise nicht Käufer ist, sondern die Sache durch Tausch oder an Zahlungsstatt empfangen hat.

dasselbe „in praesentia testium“ stattfinden soll, zieht Sohm [75]) den Schluss, dass dieser Act aussergerichtlich vorgenommen werden müsse. Wir pflichten Sohm auch hierin bei, nehmen jedoch an, dass es allerdings zu einer gerichtlichen Verhandlung zwischen dem Anefangsbeklagten und seinem Auctor kommen und dass die Zuziehung von Zeugen unter Umständen auch dann, wenn der Kaufpreis vor Gericht zurückgezahlt wurde, erforderlich werden konnte. Die Lex Ribuaria denkt nemlich ausschliesslich an den Fall, dass der Auctor das von dem Beklagten behauptete Erwerbsgeschäft ohne Weiteres zugesteht und seine Verpflichtung zur Gewährleistung freiwillig anerkennt. Es muss jedoch, da das „recipere“ der cinewerdunia eine Voraussetzung für die Freisprechung des Beklagten bildet, als unzweifelhaft angesehen werden, dass der von dem Beklagten erbrachte Eideshelferbeweis den Auctor nicht daran hinderte, seine Gewährspflicht später in Abrede zu stellen. [76]) Vielmehr entspann sich unserer Meinung nach, wenn der Auctor die Zahlung verweigerte, auch in diesem Falle in Gemässheit des oben ad I^b Ausgeführten ein Zwischenstreit zwischen ihm und dem Beklagten, welcher sich jedoch nicht vor dem mit der ersten Verhandlung befasst gewesenen Gerichte als solchem, sondern vor dem Gerichte, bei welchem der Auctor dingpflichtig war, abgespielt haben dürfte. Aus der Uebereinstimmung der in den cc. 1 und 2 des Titels 33 der Lex Ribuaria angeordneten Fristen [77]) sowie daraus, dass der Termin aussergerichtlich stattfindet und die Anwesenheit des Auctors als selbstverständlich vorausgesetzt wird, geht nemlich hervor, dass das c. 2 h. t. supponirt, der Anefangsbeklagte müsse den Auctor nochmals an seinem Wohnsitze aufsuchen. Weiter ergiebt der das „ostendere“ betreffende Passus, dass der Anefangskläger bei dem „recipere“ der „cinewerdunia“ zugegen sein d. h. den Beklagten zu dem Auctor begleiten muss. Da hiernach sämmtliche an dem Rechtstreite interessirte Personen in dem Bezirke desjenigen Gerichtes, bei welchem der Auctor seinen persönlichen Gerichtsstand hat, zusammentreffen, erscheint es kaum denkbar,

[75]) Process S. 109 und S. 110 Anm. 32. Vergl. auch Siegel a. a. O. S. 254.

[76]) A. M. anscheinend Siegel a. a. O. S. 254.

[77]) Dass statt 42 und 84 Nächten nur 40 resp. 80 gewährt werden, kann nicht in Betracht kommen.

dass bei der Weigerung des Letzteren, in den Process einzutreten, eine neue Verhandlung vor den ersten Gerichte, vor welches derselbe schon einmal ohne Erfolg geladen worden war, stattgefunden haben sollte. Vielmehr dürfte unsere soeben ausgesprochene Vermuthung, dass das Verfahren gegen den Auctor in ähnlicher Art, wie dieses in Schwabensp. c. 268 § 5 angeordnet wird, auf dessen allgemeinen Gerichtsstand übergegangen sei, eine hohe Wahrscheinlichkeit für sich haben. Bei Zugrundelegung dieser Annahme würde die Zuziehung von Zeugen aber auch neben der gerichtlichen Vornahme des „recipere" der „cinewerdunia" und des „probabiliter ostendere" verständlich sein, da sie dazu dienen könnte, dem Anefangsbeklagten für den Fall einerWiederaufnahme des Processes vor dem ersten Gerichte[78]) den Beweis für das vor einem anderen Gerichte Geschehene zu sichern.

Die Rückzahlung des Kaufpreises soll nun nach Sohm zu dem Zwecke erfolgen, dass der Anefangsbeklagte seinen Auctor dem Kläger deutlich „zeige". Diese Annahme beruht auf der Lesart: „ut ei (resp. et) qui etc.", welche sich in älteren Editionen der Lex Ribuaria findet, während die massgebenden Handschriften und ihnen folgend die Sohm'sche Ausgabe in den Monumenta Germaniae historica „et ei qui etc." haben. Bei Zugrundelegung dieses Textes kann nun kein Zweifel darüber obwalten, dass das „recipere" der „cinewerdunia" nicht bloss ein Mittel ist, um das „probabiliter ostendere" zu ermöglichen, sondern dass beide Acte selbstständig nebeneinander stehen. Nicht ohne Weiteres klar ist dagegen, da das Object zu „ostendere" fehlt, wen oder was der Beklagte dem Kläger zeigen soll. Sohm behauptet auf Grund von Lex Ribuar. 72 c. 6, wo angeordnet wird, dass „illi, super quem interciatur, corio con caput decortigato in praesentia iudicis auctorem suum ostendere debet", dass dem Kläger die Person des Auctors bekanntzumachen sei. Unserer

[78]) Es wäre übrigens denkbar, dass nach Ablauf der zweiten Frist stets ein Termin vor dem ersten Gerichte stattfand, in welchem der Anefangsbeklagte mit den bei der Rückzahlung des Kaufpreises zugezogenen Zeugen nachweisen müsste, dass er die Handlungen, zu deren Vornahme ihm die Frist bewilligt worden war, erfüllt habe. Gegen die Annahme Siegel's Gerichtsverfahren, S. 258, dass ein solcher Termin nothwendig gewesen sei, um dem Anefangskläger Gelegenheit zu geben, den Eigenthumsbeweis zu führen, vergl. Sohm, Process, S. 110 Anm. 32.

Meinung nach dürfte nun freilich die letztgedachte Stelle dahin zu übersetzen sein, dass der Anefangsbeklagte das abgezogene Fell dem Auctor in Gegenwart des Richters vorzeigen müsse; indessen soll die Möglichkeit, dass „corio—decortigato" als Ablativus absolutus und „auctorem suum" als Object zu „ostendere" zu fassen ist, nicht in Abrede gestellt werden. Immerhin würde, selbst wenn die letztgedachte Uebersetzung des c. 6 cit. richtig wäre, bei dem c. 2 des Titels 33 der Lex Ribuaria die Interpretation am nächsten liegen, dass sich das „probabiliter ostendere" auf dem ganzen in demselben Satze besprochenenen Act bezieht d. h. dass der Anefangsbeklagte dem Kläger das „recipere" der „cinewerdunia" zeigen müsse, womit ja das Zeigen des Auctors naturgemäss verbunden ist.

Warum legt nun die Lex Ribuaria ein so grosses Gewicht darauf, dass der Kaufpreis von dem Auctor an den Beklagten zurückgezahlt werde und dass dieser Act in Gegenwart des Anefangsklägers stattfinde? Warum kann erst, nachdem dieses geschehen ist, der ursprüngliche Beklagte „de furto securus" sein und der Gewähre, „qui solvere coepit", wegen der Diebstahlsbusse und der dilatura in Anspruch genommen werden? Diese Fragen dürften folgendermassen zu beantworten sein. Aus Lex Rib. 72 c. 6 erfahren wir, dass das „recipere" der „cinewerdunia" seitens des Anefangsbeklagten verbunden ist mit dem „recipere" der Sache seitens des die Gewährschaft übernehmenden Auctors.[79]) Diese Vorschrift bezieht sich allerdings nur auf den Fall, dass der Auctor der ihm zugegangenen Ladung Folge geleistet hat und vor dem Anefangsgerichte erschienen ist. Indessen lässt sich mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit vermuthen, dass auch bei der aussergerichtlichen Rückzahlung des Kaufpreises, welche ja in Lex Ribuar. 33 c. 2 als ein processualisch erheblicher, formeller Act geschildert wird, das Gleiche gegolten habe.[80]) Ein Argument gegen diese Annahme kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass der Anefangskläger nach den Schlussworten des c. 2 cit. von dem Auctor nur die Diebstahls-

[79]) Vergl. hierüber oben § 11 und unten § 14.

[80]) Uebereinstimmend Siegel a. a. O. S. 254. 255, welcher jedoch irrthümlich annimmt, dass das „recipere" der „cinewerdunia" stets, also auch dann, wenn der Auctor in dem Verhandlungstermine erschienen war, aussergerichtlich stattfindet.

busse und die dilatura, nicht aber die Sache erhält. Hieraus zu folgern, dass letztere von dem Anefangsbeklagten nicht an den Auctor, sondern direct an den Kläger herausgegeben werden musste, würde gewagt sein. Einerseits wird nemlich die Verpflichtung zur Zahlung des capitale, resp. zur Restitution der Sache selbst in zahlreichen Stellen der fränkischen Volksrechte, in welchen sie als selbstverständlich vorausgesetzt wird, nicht ausdrücklich ausgesprochen.[81]) Und weiter beschränkt sich das c. 2 cit. augenscheinlich darauf, anzugeben, wie der Anefangsbeklagte sich beim Ausbleiben des Auctors in dem ersten gerichtlichen Termine vor Nachtheil zu schützen habe.[82]) Aus diesem Grund wird von dem „recipere" der „cinewerdunia" und nicht von der Rückgabe der Sache gesprochen und als Folge dieses Actes lediglich die erwähnt, dass Beklagter „de taxaga securus" sein könne. In gleicher Weise liegt nun auch in den letzten Worten des c. 2 das Schwergewicht auf der Anordnung, dass der Anefangskläger sich wegen der Diebstahlsbusse und der dilatura nicht mehr an den ursprünglichen Beklagten halten dürfe. Dass der Kläger auch die Sache von dem Auctor und nicht von dem Beklagten zu fordern hat, wurde nur deshalb nicht ausdrücklich ausgesprochen, weil dieser Punkt für den Anefangsbeklagten, welcher durch die Rückzahlung des Kaufpreises bereits entschädigt ist, nicht mehr in Frage kommt. Unserer Meinung nach kann daher aus den Schlussworten des c. 2 auch nicht gefolgert werden, dass der Auctor, „qui solvere coepit", unter allen Umständen zur Zahlung der Diebstahlsbusse und der dilatura verpflichtet gewesen sei. Vielmehr scheint gerade in dem Ausdruck „requirat" eine Hindeutung darauf zu liegen, dass der Anefangskläger, da er ein Urtheil gegen den Auctor noch nicht erstritten

[81]) Vergl. Behrend, Lex Salica, S. 140 *s. v.* capitale.

[82]) So ist es z. B. zweifellos unrichtig, wenn Sohm, Process, S. 109 „probabiliter ostendere" dahin erklärt: „auf eine dem Auctor die Möglichkeit späteren Leugnens abschneidende Weise zeigen." Es liegt vielmehr auf der Hand, dass der Gesetzgeber durch diese Worte den Beklagten darauf hinweisen wollte, dass er sich den Beweis für das stattgehabte „ostendere" sichern müsse. — Dass die Uebersetzung, welche Siegel Gerichtsverfahren, S. 93. 94. 254. 255 von den soeben hervorgehobenen Worten giebt („der Intertiirende müsse sein Eigenthum beweisen"), falsch ist, ist bereits früher (S. 123) bemerkt worden. Vrgl. auch Sohm, Process, S. 110 Anm. 32.

hat, nach erfolgtem „recipere" der „cinewerdunia" und „probabiliter ostendere" eine neue Klage anstrengen muss, gegen die sich der Auctor nach den gewöhnlichen Regeln zu vertheidigen hat.[83]) Bei Zugrundelegung dieser Annahme wird es nun aber vollkommen verständlich, aus welchem Grunde das „recipere" der „cinewerdunia" in Gegenwart des Klägers stattfinden muss. Durch die Vornahme dieses Actes soll der Letztere in die Lage gesetzt werden, den Auctor, nachdem derselbe die intertiirte Sache an sich genommen hat, eventuell unter Wiederholung des Anefangs als Besitzer der *düve* in Anspruch zu nehmen.[84]) Wie sich weiter unten zeigen wird, ordnen die Quellen des späteren Mittelalters für einen ähnlich gearteten Fall gleichfalls die Zuziehung des Anefangsklägers bei der aussergerichtlichen Rückgabe der Sache seitens des Anefangsbeklagten an seinen Vorbesitzer an, und zwar augenscheinlich nicht bloss zu dem Zwecke, um die Befreiung des ursprünglichen Beklagten von der weiteren Antwort herbeizuführen, sondern gleichzeitig um die Wiederholung des Anefangs gegen den Auctor zu ermöglichen. Weiter wird in dem Brünner Schöffenbuch ausdrücklich anerkannt, dass das aussergerichtliche Schieben der mit Anefang belegten Sache zwischen den Verhandlungsterminen zulässig sei. Derartige Bestimmungen bieten eine erhebliche Unterstützung für unsere soeben versuchte Erklärung des c. 2 cit. Lex Ribuar. 33, welche übrigens selbstverständlich nur als eine Hypothese hingestellt werden kann. Auch dürfte dieselbe schon deshalb eine hohe Wahrscheinlichkeit für sich haben, weil der Rechtssatz, dass der Auctor, obgleich Beklagter zunächst den Versuch machen muss, ihn vor das Anefangsgericht vorzubringen, dennoch nur vor dem Gerichte bei welchem er dingpflichtig ist, zu verantworten braucht, mit den ältesten uns bekannten Regeln über den Gerichtsstand in Einklang steht.

Hiernach gelangen wir zu dem Resultate, dass nach ribuarischem Rechte beim Ausbleiben des vorschriftsmässig geladenen Auctors kein Contumacialurtheil erlassen wurde, sondern eine neue Klage gegen denselben erhoben werden musste. Die Lex

[83]) Uebereinstimmend v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. IV. S. 485 Anm. 30, welcher sich jedoch irrigerweise auf Sohm beruft.

[84]) Die gleiche Ansicht vertritt Siegel a. a. O. S. 255, der jedoch dabei von mehrfach abweichenden Voraussetzungen ausgeht.

Ribuaria enthält also auch in dieser Beziehung das directe Gegentheil von dem, was in der Parallelstelle der Lex Salica angeordnet wird, ein Umstand, welcher ganz besonders geeignet ist, unsere obigen Bemerkungen über das Verhältniss beider Vorschriften zu einander und über den Titel 47 der Lex Salica im Besonderen zu rechtfertigen.

III. Der Auctor ist nicht geladen worden.

a) Er ist gestorben.

Hierüber bestimmen Aethelred's Ges. II, 9 § 2 (Schmid a. a. O., S. 210. 211): Wenn Jemand die Gewährschaft auf einen Todten zieht, so erkläre er, wenn kein Erbnehmer da ist, der es (das mit Beschlag belegte Eigen) reinigt, mit Zeugenschaft, wenn er kann, dass er, der zur Gewähr zieht, wahr aussage, und reinige sich selbst dadurch. Dann ist der Todte befleckt, ausser wenn er Freunde hat, die ihn nach Recht reinigen wie er selbst sollte, wenn er könnte oder am Leben wäre.

Die vorstehende Bestimmung, an welche sich der oben S. 65. 66 mitgetheilte § 3 anschliesst, ergiebt, dass der Anefangsbeklagte, dessen Auctor, ohne Erben zu hinterlassen[85]), verstorben ist, der Diebstahlsinzicht gegenüber zur Reinigung gelangt. Beklagter hat mit Zeugen, nach Ine's Ges. c. 52 durch einen Eid mit Eideshelfern in der Grösse von 60 Hyden[86]) zu beweisen, „dass die todte Hand ihm die intertiirte Sache verkaufte". Dass diese Art der Vertheidigung nur ein Surrogat des Gewährszuges ist, ergiebt sich aus den Worten „auf einen Todten ziehen", sowie daraus, dass die Beweisaufnahme an dem Grabe des Todten stattfindet[87]), endlich auch daraus, dass der Diebstahlsverdacht auf den Letzteren übertragen wird. Sind Erben vorhanden, so ist Beklagter berechtigt und verpflichtet, dieselben zum Eintritt in die Beklagtenrolle aufzufordern. Die als Erben in Anspruch Genommenen müssen, falls sie nicht die behauptete Erbenqualität oder das nach der Angabe des Beklagten zwischen ihm und dem Todten abgeschlossene Rechtsgeschäft eidlich in Abrede

[85]) Das Gleiche gilt, wenn die Erben unbekannt sind. Vergl. Ine's Ges. c. 53. (Schmid a. a. O., S. 46. 47.)

[86]) Vergl. hierüber Schmid a. a. O., S. 564 s. v. Eideshülfe 2) c. und S. 610 s. v. hîd.

[87]) Ine's Ges. c. 53.

stellen können, dieser Aufforderung zwar nachkommen; da sie jedoch für die etwa von dem Todten verwirkte Diebstahlsbusse nicht verhaftet sind, so haben sie an der Uebernahme der Vertheidigung kein anderes Interesse, als das, sich von der Verpflichtung zu befreien, dem Beklagten den von ihrem Erblasser in Empfang genommenen Kaufpreis zurückzuzahlen. Die Erben werden daher regelmässig nur dann „antworten", wenn sie in der Lage sind, eine Einrede vorzubringen und zu erhärten, welche zur Zurückweisung des Anspruchs auf die Herausgabe der Sache führt. Anderenfalls werden sie es vorziehen, den Beklagten wegen seines Gewährleistungsanspruchs zu befriedigen und die Sache ohne Weiteres preiszugeben. Dieses dürfte der Inhalt der folgenden Bestimmung sein:

> Magdeburg.-Breslau. Systemat. Schöffenr. III, 2 c. 97. Und czuhit sich eyn man an synyn gewern eynis pferdis adir andirn gutis, daz im an gesprochin ist, vnde der gewer sy tot, des totyn mannis erbin mogyn des pferdis adir andirn gutis gewern syn ab sy wellin adir losin ab sy wellin.

b) Er ist nicht gefunden worden.

Dies ist der zweite Fall, in welchem die den Gewährszug herbeiführende Einrede als gänzlich widerlegt anzusehen ist; an ihn denken die Quellen vorzugsweise, wenn sie davon sprechen, dass dem Beklagten Bruch an dem Gewähren geworden sei. Aus Lex Salica 47 § 2 und aus Lex Ribuar. 33 c. 2 kann nun entnommen werden, dass der Anefangsbeklagte, wenn er den in diesen Bestimmungen vorgeschriebenen Beweis über die erfolgte Ladung des Auctors überhaupt nicht anzutreten vermag, vollständig sachfällig wird, dass ihn also die gleichen Rechtsfolgen treffen, welche Lex Ribuar. 33 c. 3 gegen denjenigen, dem die Uebernahme der Gewährschaft versagt worden ist, festsetzt:

> capitale et dilatura adque texaga solvere studeat.

Das Gleiche muss für die übrigen Volksrechte gelten, obgleich auch diese eine ausdrückliche, hierher gehörige Bestimmung nicht enthalten. Eigenthümlich ist die rechtliche Behandlung, welche die Lex Visigothorum eintreten lässt, wenn der Auctor innerhalb der vom Richter bestimmten Frist nicht aufgefunden werden kann. In diesem Falle soll der Beklagte:

approbare se aut sacramento aut testibus innocentem, quod eum furem nescierit atque ambo datis invicem sacramentis promittant, quod furem fideliter quaerant.

An dieser Vorschrift ist zunächst bemerkenswerth, dass Beklagter, obgleich er seinen Gewähren nicht gefunden hat, dennoch zur Erbringung des Reinigungsbeweises zugelassen wird. Die hierin liegende Milde ist um so auffallender, als Beklagter sich anscheinend nicht bloss durch Zeugenbeweis, sondern auch durch Eineid von der Diebstahlsbeschuldigung befreien kann. In der Lex Baiuvariorum, welche wahrscheinlich die von Reccesvinth abgeänderte Fassung der westgothischen Antiqua wiedergiebt, wird freilich unbedingt Zeugenbeweis erfordert. Vergl.

Lex Baiuvar. IX, 7. probet se cum sacramento et testibus innocentem et furem quaerere non desistat.

Immerhin steht auch die letztgedachte Stelle, wenn sie auch nicht gerade mit Siegel „als eine künstliche, halbrömische Satzung" bezeichnet werden kann, bereits auf einer vorgeschritteneren Stufe der Entwicklung. Weiter ist hervorzuheben, dass nach beiden Volksrechten dem Beklagten, nach der Lex Visigothorum sogar auch dem Kläger die Verpflichtung auferlegt wird, nach Ablauf der zunächst bestimmten Frist mit der Nachforschung nach dem Diebe fortzufahren. Wie unten dargethan werden wird, findet sich die Anordnung, dass das Anefangsverfahren bei späterer Auffindung des Auctors wiederaufgenommen und die bereits gefällte Entscheidung abgeändert werden kann, auch noch in anderen Quellen.

Die Quellen des späteren Mittelalters behandeln den Fall, dass dem Anefangsbeklagten Bruch am Gewähren wird, mit besonderer Vorliebe und Ausführlichkeit. Auf die hierher gehörigen Vorschriften, in welchen die Umgestaltung, die die Anefangsklage im Laufe ihrer weiteren Entwicklung erfahren, am Deutlichsten zu Tage tritt, kann jedoch erst unten im zweiten Abschnitte näher eingegangen werden.

§ 13.

Der Anspruch auf Herausgabe der Sache.

I. Im Allgemeinen.

Bereits in der Einleitung[1]) haben wir hervorgehoben, dass der Anspruch auf Herausgabe der Sache, welcher in der Anefangsklage unzweifelhaft enthalten ist, an sich nicht daran hindert, dieselbe als eine Strafklage aufzufassen. Zielt doch im altgermanischen Rechte jede Klage aus einem Delict, welches eine Vermögensbeschädigung zur Folge gehabt hat, nicht bloss auf die strafrechtliche Ahndung des von dem Beklagten begangenen idellen Unrechts, sondern auch auf den Ersatz des entstandenen materiellen Schadens hin. Auf der anderen Seite konnte es uns freilich nicht entgehen[2]), dass das Verhältniss, welches zwischen den beiden Bestandtheilen der Anefangsklage obwaltet, ein durchaus eigenthümliches ist. Bei einer reinen Strafklage müsste man nemlich erwarten, dass der reipersecutorische Anspruch lediglich ein Accessorium der strafrechtlichen Anschuldigung bildet, dass also die Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe der Sache in allen Fällen, in denen sie ausgesprochen wird, auf dem mit der Klage gerügten Delict basirt. So kann es z. B. bei der gewöhnlichen Diebstahlsklage als selbstverständlich vorausgesetzt werden, dass die Entscheidung über den von dem Kläger geltendgemachten Ersatzanspruch mit der Entscheidung über die Schuldfrage parallel geht, d. h. dass der Kläger entweder das capitale und die compositio furti erhält oder vollständig sachfällig wird. Bei der Anefangsklage lehrt nun aber bereits eine oberflächliche Prüfung des Quellenmaterials, dass der Beklagte auch dann, wenn seine Freisprechung von der Diebstahlsbeschuldigung erfolgt, zur Herausgabe der intertiirten Sache an den Kläger genöthigt werden kann. Hieraus hat dann die herrschende Ansicht[3]) den scheinbar unabweislichen Schluss gezogen, dass die beiden in der Anefangsklage enthaltenen Ansprüche nicht als ver-

1) Vergl. oben S. 14. 15.

2) Vergl. insbesondere oben S. 41 ff. und S. 75 ff.

3) Vergl. die in der Einleitung und in § 4 mitgetheilten Aeusserungen aus der Litteratur.

schiedene Aeuserungen desselben Klagegrundes anzusehen, sondern auf verschiedene Klagefundamente zurückzuführen sind. Und zwar soll die Richtung der Anefangsklage auf die Sache auf dem civilen Rechte des Bestohlenen, entwendete Sachen aus der Hand jedes, auch des redlichen dritten Besitzers zurückzufordern, beruhen.

Gegen diese Auffassung haben wir bereits oben in § 4[4]) ein Argument geltend gemacht, dessen Tragweite nicht unterschätzt werden darf. Dort wurde nemlich nachzuweisen versucht, dass die Diebstahlsbeschuldigung in der ältesten Entwicklungsperiode unseres Rechtsinstituts zu dem wesentlichen Inhalt des Anefangs gehört, und dass der Besitzer der *düve* demgemäss stets als Dieb d. h. als persönlich Verpflichteter in Anspruch genommen wird. Dieses gilt auch dann, wenn der Anefangsbeklagte im concreten Falle in Wahrheit nicht der Dieb, sondern ein Rechtsnachfolger des Diebes ist, welcher die intertiirte Sache auf redliche Art erworben hat. Processualisch festgestellt wird diese Thatsache nemlich erst durch die Vertheidigung und insbesondere die Beweisführung des Beklagten, welche, wie wir dargethan haben, stets auf die Widerlegung der Diebstahlsbeschuldigung gerichtet ist. Da die Klagesubstantiirung demgemäss in allen Fällen die gleiche ist, scheint die Eigenthümlichkeit des Anefangsverfahrens darin zu liegen, dass sich im Rahmen desselben ein Incidentstreit über den Anspruch auf Herausgabe der Sache entwickeln kann, welcher als solcher für die principielle Gesammtwürdigung unseres Rechtsinstituts unerheblich ist.

Prüfen wir jetzt, ob es angänglich erscheint, die Entscheidungen der Quellen über das Behalten und Verlieren der intertiirten Sache von unserem Standpunkte aus zu erklären. Wir legen dabei diejenige Eintheilung zu Grunde, welche wir oben[5]) bei Besprechung der dem Anefangsbeklagten zur Verfügung stehenden Einreden als zutreffend erkannten.

1. Hat der Beklagte eine von denjenigen Behauptungen vorgebracht und erhärtet, welche, wie wir in Uebereinstimmung mit Laband annehmen, auf den Nachweis hinzielen, dass die intertiirte Sache mit der dem Kläger gestohlenen überhaupt nicht

[4]) Vergl. S. 70 ff.

[5]) S. 176 ff.

identisch sei, so ist es auch bei Zugrundelegung unserer Auffassung selbstverständlich und wird von den Quellen mit zweifelloser Sicherheit bestätigt, dass der Kläger ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte einen Erwerbstitel angegeben hat oder nicht, mit dem Anspruche auf die Herausgabe der Sache zurückgewiesen wird.

2. Die gleiche Entscheidung wird regelmässig auch dann Platz greifen, wenn die Freisprechung des Anefangsbeklagten von der Diebstahlsbeschuldigung deshalb erfolgt ist, weil sich aus seiner Vertheidigung ergeben hat, dass der von dem Kläger behauptete objective Thatbestand eines an der intertiirten Sache begangenen Diebstahls in Wahrheit nicht vorhanden ist. Dieses gilt z. B. dann, wenn der Beklagte dargethan hat, dass die Sache zwar aus der Gewahrsam des Klägers in die seinige übergegangen ist, aber nicht durch Diebstahl, sondern durch Kauf Schenkung, datio in solutum oder ein anderes, auf Eigenthumsübertragung hinzielendes Rechtsgeschäft, oder endlich zwar wider Willen des Klägers, aber doch aus einem rechtmässigen Grunde, nemlich durch erlaubte Pfändung oder Erbeutung von dem Kläger etc. Diesen Fällen stehen andere gegenüber, in welchen die Antwort des Beklagten gerade die entgegengesetzte Entscheidung über den Anspruch auf Herausgabe der Sache herbeiführt. Hierher gehören die Einreden, die intertiirte Sache von dem Kläger geliehen oder zur Aufbewahrung erhalten, sie dem Kläger irrthümlich weggenommen, sie gefunden oder dem Diebe abgejagt und vorschriftsmässig aufgeboten zu haben. Supponirt man nun mit der herrschenden Ansicht, dass die Anefangsklage auf der allgemeinen Behauptung unfreiwilligen Verlustes basire, so wird man wenigstens bei dem zuerst gedachten Einwande zugestehen müssen, dass die Verurtheilung des Beklagten hinsichtlich des reipersecutorischen Anspruchs des Klägers in diesem Falle nicht auf Grund des Klagevortrages erfolge. Vielmehr liegt es auf der Hand, dass der Beklagte, welcher nachweist, dass der Kläger ihm die intertiirte Sache leihweise überlassen oder zur Aufbewahrung übergeben habe, das Klagefundament zwar vollständig widerlegt, andererseits aber einen von dem letzteren verschiedenen Rechtsgrund einräumt, welcher ihn persönlich zur Herausgabe der Sache verpflichtet. Bei einer derartigen Gestaltung des Rechtsstreits ist es nun mit den Principien des altgermanischen Processrechts wohl vereinbar, dass der Anefangskläger seiner

Abweisung in der angebrachten Art gewissermassen durch Erhebung einer neuen Klage vorbeugt, d. h. dass er jetzt eine Urtheilsfrage des Inhalts stellt, ob der Beklagte nicht wenigstens verpflichtet sei, ihm sein geliehenes oder deponirtes Gut zurückzugeben. Auf seinen diesbezüglichen Antrag wird ihm dann die mit Anefang belegte Sache zugesprochen, aber selbstverständlich als geliehenes, resp. anvertrautes, und nicht, wie in der Klage verlangt war, als abhanden gekommenes Gut. Zu einem ähnlichen Resultate gelangt man, wenn unsere Ansicht, dass die Anefangsklage in ältester Zeit nicht durch die allgemeine Behauptung unfreiwilligen Verlustes substantiirt, sondern auf Diebstahl oder ein anderes Delict gegründet wurde, richtig ist, auch bei den übrigen oben aufgeführten Einreden. Weist nemlich der Beklagte nach, dass er die Gewahrsam der intertiirten Sache durch Missgriff, Fund oder Abjagen erlangt habe, so ergiebt sich aus seiner Vertheidigung, dass er ein eigenes Recht an derselben nicht in Anspruch nehmen kann, sondern verpflichtet ist, dieselbe dem Verlierer zurückzustellen. Als solcher gilt aber der Kläger, und zwar nach dem ältesten Rechte, weil seine Behauptung, die Gewahrsam der Sache früher innegehabt zu haben, nicht widerlegt ist, ohne Weiteres, nach dem Rechte des späteren Mittelalters erst nach Ableistung eines Legitimationseides. Auch in diesen Fällen muss der Anefangsbeklagte also anerkennen, dass er aus einem anderen Rechtsgrunde, als dem von dem Kläger geltend gemachten zur Herausgabe der intertiirten Sache an den Letzteren verbunden sei. Nur eine Festsetzung seines Anerkenntnisses ist daher das gerichtiche Urtheil, durch welches der Anefangskläger, wenn Beklagter eine der zuletzt erwähnten Einreden vorbringt, die ihm abhanden gekommene Sache wiedererlangt. Die Möglichkeit einer derartigen Incidententscheidung ist aber der Anefangsklage nicht eigenthümlich; vielmehr ist es begrifflich keineswegs ausgeschlossen, dass das Gleiche auch bei der gewöhnlichen Diebstahlsklage vorkommen kann. Der Unterschied zwischen diesen beiden Klagengattungen ist eben nach der hier interessirenden Richtung hin ein rein thatsächlicher, welcher darauf beruht, dass der Beklagte, welcher ohne Anefang in Anspruch genommen wird, regelmässig von seinem Rechte zur unsubstantiirten Klageverneinung Gebrauch machen und sich nur in Ausnahmefällen herbeilassen wird, die Einreden des Irrthums resp. die übrigen oben aufgeführten Behauptungen geltendzumachen. Hier-

aus erklärt es sich, dass solche Incidententscheidungen bei der schlichten Diebstahlsklage gar nicht oder wenigstens äusserst selten in den Quellen erwähnt werden, während sie bei der Anefangsklage lediglich deshalb so häufig begegnen, weil der Anefangsbeklagte genöthigt ist, die Diebstahlsbeschuldigung durch indirecten Gegenbeweis zu widerlegen. Die Behandlung, welche die Quellen in den hier erörterten Fällen dem Anspruche auf Herausgabe der Sache angedeihen lassen, steht also der Auffassung der Anefangsklage als einer Strafklage jedenfalls nicht entgegen.

3. Richtet endlich der Anefangsbeklagte seine Vertheidigung auf eine von denjenigen Behauptungen, welche lediglich auf den Nachweis seiner subjectiven Unschuld hinzielen, so kann das Anefangsverfahren beim Gelingen des angetretenen Beweises zu einem zweifachen Resultate führen. Entweder ergiebt sich nemlich bloss die negative Feststellung, dass der Beklagte nicht der Dieb ist, während der wahre Dieb unermittelt bleibt, so z. B. wenn der Beklagte Marktkauf behauptet und beschwört, oder wenn er nachweist, die Sache in dem Nachlasse seines Erblassers vorgefunden oder im Kriege, resp. in rechter Fehde von einem Dritten erbeutet zu haben. Hierher gehört auch der Fall, dass dem Anefangsbeklagten Bruch an dem Gewähren wird, falls er nach particularrechtlichen Bestimmungen trotzdem zur Reinigung von der Diebstahlsbeschuldigung zugelassen wird. Die zweite Möglichkeit ist die, dass das Anefangsverfahren mit der Ermittlung und Ueberführung des wahren Diebes in einer von dem ursprünglichen Anefangsbeklagten verschiedenen Person abschliesst. Dieses Resultat herbeizuführen, ist ja der Zweck und die eigentliche Bedeutung des Gewährszuges: Der letzte Auctor, welcher weder einen Gewähren benennt, noch sich in anderer Weise von der Diebstahlsbeschuldigung reinigt, gilt als Dieb und wird als solcher verurtheilt. In beiden gedachten Fällen liegt nun eine persönliche Verpflichtung des Anefangsbeklagten, die Sache an den Kläger herauszugeben, nicht vor: Die gegen ihn gerichtete Diebstahlsbeschuldigung ist widerlegt, und gleichzeitig dargethan, dass er die intertiirte Sache auf redliche Art aus der Gewahrsam eines Dritten in die seinige übernommen hat. Hiernach scheint aber, wenn anders die Auffassung der Anefangsklage als einer Strafklage als zutreffend angesehen werden soll, die Folgerung unabweislich zu sein, dass in dem ersten Falle die Abweisung

des Klägers mit seinem reipersecutorischen Anspruche, in dem zweiten Falle die Zuerkennung einer Ersatzforderung gegen den letzten des Diebstahls überwiesenen Gewähren stattfinden, der ursprüngliche Beklagte aber in jedem Falle im Besitze der intertiirten Sache verbleiben müsse. In Wahrheit wird die Sache aber, wie in den folgenden Paragraphen dargethan werden soll, in den bei Weitem zahlreichsten der auf die oben aufgeführten Einreden bezüglichen Quellenbestimmungen dem Kläger zugesprochen.

Ist es zulässig, auch das Urtheil, welches in diesen Fällen über den Anspruch auf Herausgabe der Sache ergeht, als eine Incidententscheidung aufzufassen, welche zwar im Rahmen des Anefangsverfahrens ihren Platz findet, aber nicht auf dem Klagefundamente ruht? Diese Frage ist, wie bereits oben bemerkt wurde, in Rücksicht darauf zu bejahen, dass der Anefangsbeklagte stets als Dieb in Anspruch genommen wird und erst durch seine Vertheidigung darthut, dass er Dritter sei. Trotzdem würde man uns, wenn wir diese Erklärung für die dingliche Wirkung des Anefangsverfahrens für ausreichend halten wollten, nicht mit Unrecht den Vorwurf machen können, dass wir die Consequenz unserer Theorie etwas zu weit treiben. Auch von unserem Standpunkte aus ist es ja, wenn auch aus anderen Gründen als den von der herrschenden Ansicht acceptirten, für die Anefangsklage wesentlich, dass sie gegen eine im Besitze der gestohlenen Sache befindliche Person angestrengt wird. Die Behauptung, dass die mit Anefang belegte Sache dem Kläger durch Diebstahl entzogen worden sei, welche hiernach in dem Anefang enthalten ist, wird aber selbstverständlich auch durch den Hinzutritt der persönlichen Anschuldigung gegen den in Anspruch genommenen Besitzer nicht absorbirt. Während nun die oben unter 1) und 2) zusammengefassten Einreden zu dem Nachweise führen, dass die intertiirte Sache keine düve ist, bleibt das diesbezügliche Vorbringen des Klägers bei der hier in Betracht kommenden Art der Vertheidigung unwiderlegt und gilt demnach als erwiesen. Wird man bei dieser Sachlage nicht annehmen müssen, dass die Entscheidung, welche dem Anefangskläger die gestohlene, in dritter Hand befindliche Sache zuspricht, auf die Klage zurückzuführen ist, und dass dementsprechend der Antrag des Klägers, den Beklagten zur Herausgabe der Sache zu verurtheilen, von vornherein auch für den Fall der Freisprechung des Letzteren von der Diebstahlsbeschuldigung gestellt ist?

§ 14.

(Fortsetzung.)

II. Beim Gewährszuge.

Die Frage, an deren Erörterung wir nunmehr herantreten, steht in dem Mittelpunkt des Interesses, welches das unserer Untersuchung zu Grunde liegende Problem für sich in Anspruch nimmt. Von der Antwort, welche wir auf dieselbe bei Prüfung der Quellen erhalten werden, wird es abhängen, ob die einheitliche Auffassung der Anefangsklage als einer Strafklage als richtig angesehen werden kann, oder ob es nothwendig erscheint, zur Erklärung der Eigenthümlichkeiten unseres Rechtsinstitutes auf die Theorie von der Duplicität desselben zurückzugreifen.

Der practische Fall, an den sich unsere nachstehenden Ausführungen anschliessen, ist der folgende. Der Anefangsbeklagte hat zur Gewähr gezogen; der Auctor hat die Gewährschaft übernommen, ist jedoch, weil er keinen genügenden Reinigungsbeweis erbracht hat, des Diebstahls für schuldig erklärt und zu der Diebstahlsstrafe verurtheilt worden. Nach der strengen Consequenz der Delictstheorie müsste jetzt der Gewährsmann als Dieb auch zum Ersatz des capitale genöthigt werden, während dem ursprünglichen Anefangsbeklagten, dessen redlicher Erwerb feststeht und der aus keinem persönlichen Rechtsgrunde verpflichtet ist, der Besitz der mit Anefang belegten Sache zu belassen wäre. Nichtsdestoweniger geht aus den Quellen mit voller Deutlichkeit hervor, dass der Anefangskläger auch in diesem Falle die Sache selbst wiedererlangt. Ist diese Thatsache, fragen wir, mit der von uns aufgestellten Ansicht über die rechtliche Natur der Anefangsklage vereinbar?

Bereits oben ist ausführlicher dargethan worden, dass die Gestellung des Vormanns, falls derselbe seine Gewährspflicht anerkennt, nicht bloss die Folge hat, dass der von dem Anefangsbeklagten behauptete Erwerbsgrund als erwiesen angesehen wird; vielmehr übt dieser Act auf den Fortgang des Verfahrens noch weitere bedeutungsvolle Wirkungen aus. Der Auctor, welcher die Gewährschaft übernimmt, fungirt nicht etwa, wie ein vom Beklagten laudirter Zeuge, welcher lediglich die Wahrheit der von dem Letzteren vorgebrachten Einrede bestätigt; er tritt vielmehr mit seiner eigenen Person in den Process ein. Fortan

steht er dem Anefangskläger als Partei gegenüber, und zwar ist seine processualische Stellung genau dieselbe, in welcher sich beim Beginn des Verfahrens derjenige, in dessen Besitz die Sache mit Anefang belegt wurde, befand. Der Process beschäftigt sich jetzt mit der Frage, ob der Auctor an dem mit der Klage gerügten Diebstahl schuldig oder unschuldig sei, und, wenn der Gewährszug bei ihm „stillesteht", d. h. wenn er auf keinen weiteren Gewährsmann provocirt und das Verfahren mit der Verhängung der Diebstahlsstrafe endigt, so richtet sich die definitive Entscheidung des ursprünglich einen anderen Beklagten betreffenden Rechtsstreits formell und materiell gegen den letzten in den Process eingetretenen Gewähren und nicht gegen diejenige Person, bei welcher die intertiirte Sache mit Beschlag belegt wurde.

Weiter ist bereits oben hervorgehoben worden, dass trotz des Wechsels der in der Beklagtenrolle befindlichen Personen die intertiirte Sache bis zur Beendigung des Verfahrens in demselben verbleibt. Dieselbe geht, wie wir sahen, beim Gewährszuge „den Weg zurück, den sie vorher durch Rechtsgeschäft vorwärts gegangen ist"; jeder in den Process eintretende Auctor nimmt dieselbe von seinem Rechtsnachfolger in Empfang und erscheint in Folge dessen wenigstens äusserlich als gegenwärtiger Inhaber der „*düve*". Hieraus ergiebt sich, dass der Anefangskläger, wenn er bei der Verurtheilung eines Gewähren zu der Diebstahlsstrafe auch mit seinem reipersecutorischen Anspruche obsiegt, die ihm entwendete Sache zunächst in rein körperlichem Sinne aus der Hand des Diebes, in welche sie durch den „schub" gelangt ist, zurückerhält.

Sollte etwa in diesem Umstande die Erklärung dafür zu suchen sein, dass die Anefangsklage ihrem Resultate nach auch dann zur Wiedererlangung der intertiirten Sache führt, wenn sich die letztere zur Zeit der Klageerhebung nicht mehr bei dem Diebe, sondern im Besitze eines Dritten befindet? Man könnte vielleicht folgendermassen argumentiren. Die Anstellung der Anefangsklage gegen einen an dem Diebstahl nicht betheiligten Dritten erklärt sich daraus, dass derselbe durch den Besitz der Sache verdächtigt ist, also als Dieb in Anspruch genommen wird. Das Verbleiben der Sache im Anefangsverfahren trotz des Ausscheidens des ursprünglichen Beklagten beruht auf Gründen, welche dem formellen Strafprocessrecht angehören; dieselben Gründe sind es, welche dazu führen, dass schliesslich der Dieb

mit der Sache dem Anefangskläger gegenübersteht. Da sich jetzt aber der Process in der gleichen Lage befindet, als wenn von vorneherein gegen den besitzenden Dieb geklagt worden wäre, so ist es folgerichtig, dass der Bestohlene von dem letzten Gewähren nicht bloss die Diebesbusse erhält, sondern auch die Sache selbst zurückempfängt. Die diesbezüglichen Entscheidungen der Quellen würden also mit dem strafrechtlichen Character der Anefangsklage nicht in Widerspruch stehen, sondern auch bei Zugrundelegung dieser Auffassung unseres Rechtsinstitutes eine ausreichende Erklärung finden.

Dieser Deduction stellt sich nun sofort ein Bedenken entgegen. Als zutreffend könnte die soeben versuchte Begründung der dinglichen Wirkung der Anefangsklage nemlich nur unter der Voraussetzung angesehen werden, dass der Retradition der Sache an den Gewährsmann eine bei Weitem grössere juristische Bedeutung zukommt, als wir bisher angenommen haben. Nach unseren früheren Ausführungen ist ja das „recipere“ der Sache eine symbolische Handlung, welche zwar wesentliche Formalität des Gewährszuges, andererseits aber auch lediglich Formalität ist, und welche ausschliesslich den Zweck verfolgt, den äusseren Schein herzustellen, dass der in den Process eintretende Auctor noch gegenwärtig Besitzer der Sache sei. Bei dieser Auffassung des Rückgabeactes erscheint es aber unbegreiflich, dass derselbe eine so tief einschneidende materielle Rechtsfolge, wie es die „Vindicabilität“ gestohlener Sachen ist, nach sich gezogen haben sollte. Vom civilrechtlichen Standpunkte aus betrachtet, ist es doch zweifellos der ursprüngliche Anefangsbeklagte, welcher die Sache im Anefangsprocesse behält oder verliert. Er ist, wenn von den Rechten des Anefangsklägers aus dem dieblichen Verluste abgesehen wird, zur Zeit der Klageerhebung der rechtmässige Besitzer der Sache. Der Gewähre kann dagegen die Sache gar nicht verlieren, weil er jedes Recht an derselben, selbst dasjenige, welches er beim redlichen Erwerbe erlangt haben würde, durch die Weiterveräusserung aufgegeben hat. Wie sollte es diesen Erwägungen gegenüber in Betracht kommen, dass der Anefangskläger in Folge einer processualischen Eigenthümlichkeit des Anefangsverfahrens die Sache formell aus der Hand des Diebes zurückempfängt?

Dieser Einwand, welcher unserer oben ausgesprochenen Vermuthung entgegengehalten werden könnte, ist in Wahrheit nicht

stichhaltig. Das Schieben der intertiirten Sache ist nemlich keineswegs, wie wir bisher mit der herrschenden Ansicht supponirt haben, ein lediglich formeller und symbolischer Act; vielmehr ist dasselbe sogar noch in späterer Zeit mit bedeutungsvollen materiellen Rechtswirkungen verknüpft. Das geht zunächst aus dem Folgenden hervor.

Es kann als eine unbestritten feststehende Thatsache angesehen werden und ist auch von uns als selbstverständlich vorausgesetzt worden, dass der die Gewährschaft übernehmende Auctor vollständig an die Stelle des Beklagten tritt, Letzterer dagegen vollständig aus dem Processe ausscheidet. Macht man sich nun die Tragweite dieses Satzes klar, so scheint in demselben bereits ein Argument gegen die Ansicht von der Duplicität unseres Rechtsinstitutes enthalten zu sein. Von dem oben präcisirten civilrechtlichen Standpunkte aus erscheint es nemlich als selbstverständlich, dass der Anefangsbeklagte wegen des reipersecutorischen Anspruchs des Anefangsklägers bis zur endgültigen Entscheidung über die Sache an dem Processe interessirt bleibt. Hiernach würde sich aber die Folgerung ergeben, dass das Anefangsverfahren bei dem Eintritt eines Gewähren seinen einheitlichen Character verlieren muss, derart, dass jetzt die beiden in der Klage enthaltenen Bestandtheile auseinanderfallen und nur die Diebstahlsbeschuldigung gegen den jedes Mal in der Beklagtenrolle befindlichen Auctor, der Anspruch auf die Herausgabe der Sache dagegen nach wie vor gegen den letzten Erwerber der intertiirten Sache gerichtet wird. Würde diese Spaltung des Inhalts auch formell zum Ausdrucke gelangen, so müsste das Urtheil, durch welches dem Bestohlenen die intertiirte Sache zugesprochen wird, gegen den ursprünglichen Beklagten ergehen und demgemäss von der Festsetzung der gegen den Dieb verhängten Strafe getrennt sein.

Gerade das Gegentheil von alledem ist aber der Fall. Es kann gar kein Zweifel darüber obwalten, dass die endgültige Entscheidung des Anefangsprocesses ausschliesslich gegen den letzten Gewähren d. h. gegen den Dieb erlassen wird. Und weiter wird der Anefangsbeklagte dadurch, dass er beim Eintritt des Gewähren aufhört, Processpartei zu sein, fortan auch von der Geltendmachung von Einreden und Beweismitteln, welche sein Verlangen, die Sache behalten zu wollen, rechtfertigen könnten, ausgeschlossen. Auch die Vertheidigung der Sache gegen den

reipersecutorischen Anspruch des Klägers geht also auf den Auctor über, auf dessen processualisches Vorgehen der Beklagte Einfluss zu üben nicht berechtigt ist. Hiernach scheint aber angenommen werden zu müssen, dass die Uebergabe der Sache an den Auctor neben ihrer strafprocessualischen Bedeutung auch den Inhalt hat, dass die civilrechtliche Befugniss, die Sache zu vertreten, auf den Auctor devolvirt wird.

Diese Vermuthung wird durch folgende berühmte Sachsenspiegelstelle bestätigt:

> Sachsensp. III, 83 § 3. Svie egen oder varende have verkoft, des sal he gewere sin die wile he levet; man sal aver ime dat gut laten in sine gewere to behaldene unde to verliesene, die wile he't vorstan sal; wende jene ne mach dar nicht anspreken, deme it gegeven is, den ene gave.

Den Schlusssatz dieser Stelle erklärt Laband mit Recht dahin, dass der ursprüngliche Beklagte auf die Geltendmachung seines Erwerbstitels beschränkt sei. Laband hat jedoch übersehen, dass in demselben noch etwas mehr enthalten ist, als in dem im Uebrigen das Gleiche besagenden Passus der Glosse zu Sachsensp. II, 43 § 2: „der keuffer mag sich eins guts nicht höher unde mehr anmassen, denn dass er sich sein an seinen geweren ziehe. Darum hat er es auch schwerlicher zu behalten.“ Die letztgedachte Stelle zielt nemlich lediglich darauf hin, den Unterschied der processualischen Geltendmachung der Einrede des Erwerbes durch Erbschaft und des Erwerbes durch Rechtsgeschäft zu characterisiren; sie betrifft also ausschliesslich das Verhältniss des um Gut Beklagten zu dem Kläger. Der Schlusssatz des § 3 cit. regelt dagegen in erster Linie die Beziehungen zwischen dem Beklagten und dem von ihm angerufenen Auctor, welcher die Gewährschaft übernommen hat. Das ergiebt sich aus der unmittelbar vorhergehenden Vorschrift, dass dem eintretenden Auctor während der Dauer des Processes (de wile he's vorstan sal) die Gewere des streitigen Gutes „to behaldene unde to verliesene“ überlassen werden soll. Die sich hieran anschliessenden mit „wende jene“ (d. h. „jener aber“) eingeführten Worte haben demgemäss offenbar den Zweck die rechtliche Wirkung dieser Uebergabe „to behaldene unde to verliesene“ zu characterisiren. Es wird demgemäss in ihnen angeordnet, dass das Recht des eigentlichen Beklagten auf die

Sache durch die Rückübertragung der Gewere wieder auf den obligatorischen Anspruch gegen den Auctor aus dem früher zwischen ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte reducirt wird und dass ersterer also auch dem Auctor gegenüber nicht mehr „anspreken" darf, „den ene gave". Hiermit stimmt es überein, dass z. B. in einem Schöffenurtheile, in welchem es sich um die Priorität zweier von dem Auctor des Beklagten mit diesem und dem Kläger abgeschlossenen Kaufverträge handelt, die Entscheidung dahin ergeht: „weme her den ersten kouff an dem erbe gethan hat, dem ist her des kouffis phlichtig zcu haldin". Durch die Rückgabe der Sache an den Verkäufer wird das Rechtsverhältniss eben wieder in die Lage gebracht, in welcher es sich vor der Erfüllung des mit dem Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrages befand; letzterer verlangt daher von dem Auctor jetzt in gleicher Weise, wie der Kläger, welchem noch garnicht erfüllt worden ist, er möge ihm „seines kouffis haldin". Bei gehöriger Würdigung dieses Gesichtspunktes kann es aber nicht gebilligt werden, wenn z. B. Planck[1]) sagt: „der Gewähre, welcher die Antwort übernimmt, dürfe verlangen, dass ihm auf so lange das Gut ausgeantwortet werde." Dieser Ausdrucksweise scheint das Missverständniss zu Grunde zu liegen, dass die Retradition der Sache zu dem Zwecke erfolge, um den Auctor für die Last der Vertheidigung zu entschädigen, während in Wahrheit kein Zweifel darüber obwalten kann, dass dieser Act ausschliesslich im Interesse des Klägers vorgenommen wird. Letzterem sollte hierdurch die Garantie gegeben werden, dass diejenige Person, welche ihm als Partei gegenüberstand und das Gut vertrat, auch die thatsächliche Herrschaft über dasselbe hatte und im Falle ihres Unterliegens in der Lage war, dasselbe herauszugeben.[2])

Da der § 3 Sachsensp. III, 83 ausdrücklich auf den Mobiliarprocess Bezug nimmt, so wird es von vorneherein wahrscheinlich, dass auch das im Anefangsverfahren begegnende „schieben" der Sache eine Ueberlassung derselben an den Auctor „to behaldene unde to verliesene" enthält. Diese Vermuthung wird, wie unten dargethan werden soll, durch unzweideutige Quellenzeugnisse, welche speciell das Anefangsverfahren betreffen, bestätigt. Aus dem

[1]) Gerichtsverfahren Bd. I S. 402. 541.

[2]) Dementsprechend richtet sich selbstverständlich auch die Execution gegen den letzten Auctor, gegen den das Urtheil ergeht, und nicht gegen den ersten Beklagten.

§ 3 cit. geht aber weiter hervor, dass jener Rückgabeact keine Eigenthümlichkeit des Anefangsverfahrens ist, sondern ausserdem auch in dem unzweifelhaft rein bürgerlichen Immobiliarprocesse des späteren Mittelalters vorkommt. Ebenso finden auch die übrigen oben hervorgehobenen Rechtssätze, aus denen wir die „dingliche“ Wirkung der intertiatio zu erklären suchten, nicht bloss bei dieser, sondern bei sämmtlichen Klagen um Gut Anwendung. Wie Laband dargethan hat, wird nemlich auch in dem Immobiliarprocesse der Auctor, welcher die Gewährschaft übernommen hat, und nicht sein zur Zeit der Klagerhebung im Besitze befindlicher Rechtsnachfolger zur Herausgabe des streitigen Gutes verurtheilt. Und weiter wird jede gegen den Dritten gerichtete Klage des deutschen Rechts durch den Gewährszug auf einen Streit über das zwischen dem Kläger und dem letzten Auctor bestehende persönliche Rechtsverhältniss reducirt. Wie sollte also daraus, dass bei der Anefangsklage das Gleiche gilt, ein Argument für den strafprocessualischen Character derselben oder gar eine Erklärung für den Rechtssatz von der „Vindicabilität“ gestohlener Sachen hergeleitet werden? Scheint doch vielmehr bei Vergleichung des Immobiliarprocesses sogar unsere oben versuchte Begründung des Schiebens der mit Anefang belegten Sache in Frage gestellt und angenommen werden zu müssen, dass die Verpflichtung des Anefangsbeklagten, die letztere in die Hand seines Rechtsvorgängers zurückzulegen, bereits eine Wirkung des von dem Kläger erhobenen dinglichen Anspruchs ist.

Es ist nun bereits mehrfach hervorgehoben worden, dass die Thatsache, dass ein Theil der Grundsätze des Anefangsrechts auch bei anderen Klagen Anwendung findet, uns nicht davon abhalten kann, eine selbstständige und zunächst nur für die Anefangsklage passende Erklärung derselben zu versuchen. Bei den hier erörterten Fragen ist ein derartiges Verfahren schon deshalb gerechtfertigt, weil das Ausscheiden des ursprünglichen Beklagten aus dem Processe, die Rückgabe der Sache an den Auctor und endlich sogar die Form in welcher uns die „Dinglichkeit“ im germanischen Rechte entgegentritt, Räthsel sind, für welche eine Lösung bisher noch nicht gefunden worden ist und, wie wir hinzufügen, solange nicht gefunden werden wird, als man diese Eigenthümlichkeiten des deutschen Rechts lediglich von dem Standpunkte der Klagen um Gut aus betrachtet. Weiter hat die oben von uns entwickelte Auffassung des Gewährszuges

und des Schiebens der mit Anefang belegten Sache so viel quellenmässigen Anhalt, dass sie unmöglich ohne Weiteres preisgegeben werden kann. Die Vergleichung des Immobiliarrechts kann daher an dieser Stelle nur insofern in Betracht kommen, als wir bei Berücksichtigung des aus derselben hervorgehenden Zweifelsgrundes in den Stand gesetzt werden, die Frage, auf welche sich unsere Untersuchung zuspitzt, mit voller Schärfe zu fixiren.

Dass der Anefangskläger, wenn der Beklagte zur Gewähr gezogen hat, die Sache aus der Hand des Diebes durch ein gegen diesen gerichtetes Urtheil zurückerhält, ist zweifellos. Aber auch die gegen den Dritten gerichtete Immobiliarklage führt zur Wiedererlangung des streitigen Gutes aus der Hand des persönlich Verpflichteten. Für die Rückgabe der intertiirten Sache an den Auctor haben wir nun zwar einen strafprocessualischen Grund gefunden, dagegen ist die Thatsache, dass jener Act mehr als eine bloss symbolische Bedeutung hat, dass er nemlich ein Ueberlassen der Sache „to behaldene unde to verliesene“ enthält, bisher unerklärt geblieben. Dieser Umstand scheint sogar mit der von uns versuchten Motivirung des Schiebens in Widerspruch zu stehen. Hiernach ergiebt sich aber, dass wir zur Sicherstellung unserer früheren Ausführungen und zur Erklärung der dinglichen Wirkung des Anefangsverfahrens den Nachweis zu erbringen haben, dass auch jene civilrechtliche Folge des Schiebens auf einen strafrechtlichen oder strafprocessualischen Grund zurückzuführen ist.

Und ein solcher lässt sich in der That auffinden. Aus den Quellen kann nemlich mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit dargethan werden, dass das objective Recht in ältester Zeit von der Voraussetzung ausging, dass der Anefangsbeklagte, welcher zur Gewähr zog, die unter ihm mit Beschlag belegte Sache gar nicht behalten wollte. Vielmehr richtete sich, da die Sache im Anefangsverfahren in erster Linie und fast ausschliesslich als corpus delicti, d. h. als Trägerin der Diebstahlsbeschuldigung und als leibliche Beweisung in Betracht kam, die Tendenz der Vertheidigung gerade im Gegentheil darauf, dieselbe „loszuwerden“. Dementsprechend findet bei dem Eintritt des Gewähren, also vor endgültiger Entscheidung des Processes, eine definitive Auflösung des zwischen dem ursprünglichen Anefangsbeklagten und seinem Auctor abgeschlossenen Kaufgeschäftes statt.

In dem Folgenden soll nun der quellenmässige Nachweis für diese Sätze erbracht werden.

I. Volksrechte und Formeln.

Von den Quellen der ältesten Periode, welche das „recipere" der intertiirten Sache erwähnen, kommt hier zunächst die Lex Ribuaria in Betracht. Dieselbe[3]) bestimmt für den Fall, dass der Auctor in dem gerichtlichen Termine ausgeblieben ist, und der Anefangsbeklagte den Beweis über die erfolgte Ladung und den Erwerb durch Rechtsgeschäft erbracht hat, Folgendes:

> sic ei placitum super 14 seu super 40 vel 80 noctis detur, ut de cinu werduinia sua in praesentia testibus recipiat, et ei, qui rem suam interciavit, probabiliter ostendat. Et tunc ipse de taxaga securus sit, et ille, qui interciavit, texaga et dilatura ad eum requirat, qui solvere coepit.

Nach unseren früheren Ausführungen ist diese Stelle dahin zu interpretiren, dass die Parteien in dem ersten gerichtlichen Termine, zu welchem der Gewähre geladen war, einen Tag verabreden, an welchem sie sich gemeinschaftlich zu dem Ausgebliebenen begeben. Der Zweck dieses zweiten Termins ist das recipere der „cine werdunia."

Die Etymologie dieses Wortes ist zwar noch nicht völlig aufgeklärt; bei Vergleichung von Lex Ribuar. 72 c. 6. 7 kann jedoch kein Zweifel darüber obwalten, dass dasselbe dem Sinne nach identisch mit „pretium" ist. Der Anefangsbeklagte erhält also von seinem Auctor den von ihm gezahlten Kaufpreis zurück, und zwar, wie wir oben wahrscheinlich zu machen suchten, gegen Rückgabe der Sache an den Letzteren. Könnte nun als richtig vorausgesetzt werden, dass der Anefangskläger jetzt gegen den Auctor, „der zu zahlen angefangen hat", von Neuem klagen muss, so würde sich ergeben, dass das zwischen dem ursprünglichen Anefangsbeklagten und seinem Vorbesitzer über die intertiirte Sache abgeschlossene Kaufgeschäft definitiv aufgelöst wird, bevor die endgültige Entscheidung des Anefangsprocesses erfolgt ist. Das Gleiche wäre dann auch für Lex Salica 47 c. 2 anzunehmen, wo ebenfalls ausdrücklich hervorgehoben wird, dass der ausgebliebene Auctor zur Rückzahlung des Kaufpreises an

[3]) Lex Ribuar. 33 c. 2.

seinen Contrahenten verpflichtet ist (et precium reddat illi, qui cum illo negociavit). Diese Folgerung ist nun aber ebenso zweifelhaft, wie die von uns versuchte Interpretation jener beiden räthselhaften Bestimmungen im Allgemeinen. Erheblicher für die Feststellung des Zeitpunktes, in dem die Rückzahlung des Kaufpreises erfolgt, sind daher diejenigen Vorschriften der Lex Ribuaria, welche von dem Tode resp. der Beschädigung mit Anefang belegter Thiere handeln und sich auch mit der Frage, wieviel der Anefangsbeklagte in diesem Falle von seinem Auctor erstattet erhält, beschäftigen. Die hier begegnenden Sätze:

> quod si auctor reciperet, tanto solido uno de cine werdunia pro corio restituat; — si autem sanum vel inmaculatum restituerit, tunc omnem precium suum recipiat

scheinen bei unbefangener Prüfung dahin verstanden werden zu müssen, dass die Erstattungspflicht des Auctors bereits durch die Rückgabe der Sache begründet wird und dass sich dementsprechend das recipere der cine werdunia unmittelbar an den Retraditionsact anschliesst. Wäre der Gesetzgeber von der Voraussetzung ausgegangen, dass der Kaufpreis erst nach erfolgter Entwährung der intertiirten Sache d. h. nach Erlass des Urtheils, durch welches die letztere dem Anefangskläger zugesprochen wird, zurückzuzahlen ist, so wäre die von ihm gewählte Ausdrucksweise zum mindesten eine sehr ungenaue.

Nichtsdestoweniger sind auch diese Stellen so unsicher, dass sie für die hier erörterte Frage kaum in Betracht kommen könnten, wenn nicht noch andere Quellenzeugnisse vorhanden wären, in welchen dasjenige, was für das ribuarische Recht nur als Hypothese hingestellt werden kann, als unanfechtbare Thatsache überliefert wird. Es sind dieses die beiden bereits früher erwähnten langobardischen Processformeln, welche schon deshalb ein ganz besonderes Interesse in Anspruch nehmen, weil das bei dem Eintritt des Auctors stattfindende Verfahren fast in keiner anderen Quellenstelle mit gleicher Ausführlichkeit geschildert wird. Dieselben lauten:

> Formel zu Edict Roth. c. 232 (Monum. Germ. hist. leg. t. IV p. 358 Abs. 6.) Petre, te appellat Martinus, quod ipse interciavit tibi unum suum caballum, qui valebat solidos 100. — Interciasti tu michi ipsum caballum, ecce caballus. — Quid tibi pertinet? — Ego comparavi de Dominico de tali loco. — Juret, quod ad certum

warentem eum conducat. — Vendidisti tu michi ipsum caballum? — Non feci. — Vis ei ardire? — Volo. — Et tu, vis te defendere? — Volo. — Wadiate pugnam. — Si dixerit: vendidi et volo stare in auctoritatem, det vadia, quod stet in auctoritatem; et ipse det vadia de contradictore, et reddat precium et recipiat caballum. — Qui tibi pertinuit iste caballus ad vendendum? — Ego comparavi de Donato. — Da vadia de auctore. — Et tibi, quid pertinet? — Ego comparavi de Paulo. — Non vadat super tercium warentem. Aut iuret secundum usum, quod nec fur sit nec collega furonis, aut emendet sibi nonum.

Formel zu Capitular. Otton. I. c. 7 (Monum. German. hist. Leg. t. IV. p. 578). Petre, te appellat Martinus, quod ipse interciavit tibi unum suum caballum aut aliam rem. — Non michi interciasti. — Si potest, approbet appellator, si non, iuret appellatus quod ipse sibi non interciavit. Si dixerit: „interciasti michi", statim iuret, quod ad certum warentem eum conducat. Interea vadat ad warentem et dicat sibi interciaturam rei, quam sibi tradiderat ille. Tunc warens det ei vadimonia de stando in auctoritate et reddendo pretio; hic vero det ei wadimonium de conducendo interciatorem ad eum ad placitum appellando et reddendam rem. Et hoc fit, si confessus fuerit warens se tradidisse. Si vero non fuerit, tamen hic vadat cum intertiatore ad eum cum re. Et cum venerit ad warentum, interroget: „tradidisti michi hanc rem"? Si dixerit: „non", campo contendat vel approbet, cui res interciata est; et post vadat placitum, veluti si statim confessus fuerit, se esse warentem. Sed campo contendere vel probare si non potuerit, tunc ille qui warens dicebatur iuret se non tradidisse. Tunc ille cui res intertiata est componat ut latro, nisi alium warentem dederit. Si vero dixerit: „warens sum", tunc accipiat rem reddito pretio; tunc intertiator dicat ad warentem: „quid tibi pertinet?" — Paulus michi vendidit." Similiter paene per secundum sit usque ad tertium. Postea interroget tertium: „quid tibi pertinet?" — „Habeo warentem Marcoardum". — „Hoc dico: non debeo ire supra tertium warentem et tertium comitatum". Tunc appellator iuret, quod suus proprius est, nec vendidit nec donavit quod per legem perdere de-

beat, sed furtive ei abstractus est. Tunc tertius warens iuret, quod nec latro fuit nec collega latronis, sed cum suo proprio pretio comparavit, et reddat rem. Si vero responderit, equum esse natum de suo iumento, approbet et retineat vel solus iuret et retineat; et hoc per usum. Si vero approbatione ceciderit vel iurare noluerit, teneatur ut latro nisi reversus fuerit ad warentem. Et tunc sit ut supra dixi. Hoc omne fit secundum quosdam vanos.

Wir haben die vorstehenden Formeln ihrem ganzen Inhalte nach hier aufgenommen, um zu zeigen, dass sie die Behauptungen und Gegenbehauptungen der Parteien resp. die übrigen processualisch erheblichen Acte durchweg in der Ordnung wiedergeben, in welcher dieselben bei dem regelmässigen Verlaufe des Anefangsverfahrens zeitlich auf einander folgen. Welche Schlüsse gestatten diese Formeln nun für die hier erörterte Frage?

Nach der Formel zu Edict. Rothar. c. 232 muss sich der ursprüngliche Anefangsbeklagte in Begleitung des Anefangsklägers zu seinem Auctor begeben und Letzterem von dem stattgehabten Anefang Mittheilung machen. Erklärt sich derselbe zur Uebernahme der Gewährschaft bereit, so muss er dem Beklagten den Eintritt in den Process durch Wette versprechen, während dieser „de contradictore" wettet d. h. sich dem Auctor gegenüber verpflichtet, ihn zu dem Anefangskläger hinzuführen. Sobald dieses geschehen ist, soll der Gewähre dem Beklagten den Kaufpreis zurückerstatten und die intertiirte Sache zurücknehmen. Erst hieran schliesst sich dann die Aufforderung des Anefangsklägers an den eingetretenen Gewähren, seinerseits zu antworten und anzugeben, wie er die streitige Sache erworben habe.

Das Gleiche ergiebt sich aus der zweiten Formel, in welcher das ganze Verfahren noch genauer geschildert wird. Hier setzt der langobardische Jurist voraus, dass der Anefangsbeklagte zunächst allein zu seinem Gewähren hingeht und ihm die interciatura rei ankündigt. Gesteht der in Anspruch Genommene zu, dass er der Verkäufer sei, so erfolgt auch nach dieser Formel von jeder Seite ein Wettversprechen; der Auctor verpflichtet sich zur Gewährleistung und zur Rückzahlung des Kaufpreises, der Anefangsbeklagte zur Gestellung des Anefangsklägers in dem Gerichtsstande, in welchem der Auctor dingpflichtig ist, sowie ferner zur Rückgabe der Sache. Die Erfüllung der Sponsionen „de reddenda re" und „de reddendo pretio" scheint also nach

dem Wortlaute dieser Stelle schon dann verlangt werden zu können, wenn der Anefangskläger vor dem Gerichte des Auctors erschienen und letzterer an Stelle des ursprünglichen Beklagten in den Process eingetreten ist. Dass dieses richtig ist, wird dann durch den später folgenden Passus: „si vero dixerit: „warens sum", tunc accipiat rem reddito pretio" und die sich hieran anschliessenden Worte „tunc intertiator dicat ad warentem: „quid tibi pertinet?" bestätigt. Ebendasselbe gilt, wie aus dem weiteren Inhalte der Stelle hervorgeht, auch für den Eintritt des zweiten und dritten Gewähren.

In beiden oben abgedruckten Formeln wird also vorausgesetzt, dass mit der Uebernahme der Gewährschaft seitens des Auctors ausser der Rückgabe der Sache auch die Wiedererstattung des von dem Anefangsbeklagten für die letztere gezahlten Kaufpreises an ihn verbunden ist. Da Beklagter demgemäss seine Ansprüche auf die Sache bereits bei dem Eintritt des Gewähren unbedingt aufgiebt, ist es selbstverständlich, dass er an dem weiteren Fortgange des Processes überhaupt kein Interesse mehr hat; er scheidet also nicht bloss im formalprocessualischen Sinne, sondern auch in materieller Beziehung vollständig aus dem Processe aus. Nichtsdestoweniger wird wenigstens in der zweiten Formel ausdrücklich der Möglichkeit gedacht, dass einer der später eintretenden Gewähren den Nachweis führt, dass die intertiirte Sache mit der dem Kläger gestohlenen nicht identisch sei, und dass der Anefangskläger in Folge dieses Einwandes schliesslich auch mit seinem reipersecutorischen Anspruche unterliegt.

Es mag nun zugegeben werden, dass die langobardischen Formeln im Allgemeinen nicht gerade zu den lautersten Quellen des altgermanischen Rechts zu zählen sind. Einerseits gehören sie einer viel späteren Zeit an, als das Volksrecht, an welches sie sich anschliessen, und andererseits tritt in ihnen bereits eine romanisirende Tendenz hervor, welche bei ihrer Benutzung eine besondere Vorsicht geboten erscheinen lässt. Bei den hier in Frage stehenden beiden Formeln kann nun aber kaum ein Bedenken darüber obwalten, dass dieselben in allem Wesentlichen rein germanisches Gewohnheitsrecht enthalten. Zunächst ist es trotz der offenbar unrichtigen Bemerkung der Glosse zu Edict. Roth. c. 232: „Actio concepti. Per usum tracta a lege Romanâ" zweifellos, dass sowohl diese Stelle, wie auch das c. 7 Capitul. Otton. I und die zu beiden gehörigen Formeln das Anefangs-

verfahren betreffen und dass die letzteren den Verlauf desselben zum mindesten in seinen Grundzügen richtig wiedergeben. Aber auch die Einzelnheiten, welche in den obigen beiden Formeln mitgetheilt werden, haben vollen Anspruch auf Glaubwürdigkeit. Beide berufen sich nemlich auf den usus, den Gerichtsgebrauch, als auf die Quelle, aus welcher sie ihre Darstellung des Anefangsverfahrens schöpfen. Weiter wird am Ende der zweiten Formel bemerkt: „sed hoc secundum quosdam vanos“, während die erste Formel sogar folgenden Schlusssatz enthält: „sed tota haec altercatio paene nichil valet: debet enim esse ut legitur in lege Romana.“ Der Verfasser erklärt also ausdrücklich, dass er ein Verfahren schildere, welches im Gerichtsgebrauche üblich und nach Ansicht anderer Juristen auch statthaft sei, welches er selbst aber für unzulässig halte, weil demselben die in der Lex Romana vorgeschriebene Art der Rechtsverfolgung substituirt werden müsse. Da der Verfasser hiernach dem von ihm behandelten Rechtsinstitute principiell ablehnend gegenübersteht, spricht wohl die Präsumption dafür, dass er sich bei der Schilderung desselben volle Objectivität bewahrt und nichts Eigenes in dieselbe hineingetragen habe. Diese Annahme wird auch dadurch bestätigt, dass die gedachten Formeln Einzelheiten des Anefangsverfahrens erwähnen, für welche der Text der langobardischen Gesetze keinen Anhalt bietet und deren Quelle, da sie unzweifelhaft rein germanischen Ursprungs sind, lediglich der Gerichtsgebrauch sein kann. Hierher gehört z. B. der in der zweiten Formel mitgetheilte Eid des Anefangsklägers, bei welchem sowohl die Norm, wie der Zeitpunkt der Ableistung mit dem, was wir aus anderen Quellen wissen, übereinstimmt, ferner der Eid über die Einrede des Eigenthums und endlich die Hervorhebung des Umstandes, dass der Eintritt des Gewähren mit der Rückgabe der intertiirten Sache an ihn verbunden ist. Bei dieser Sachlage muss aber der Darstellung der obigen Formeln auch in denjenigen Punkten, welche von den übrigen Quellen überhaupt nicht berührt werden, und bei welchen daher eine gleiche Controle nicht möglich ist, die Präsumption der Richtigkeit zuerkannt werden. Das gilt insbesondere von dem an dieser Stelle speciell interessirenden, von beiden Formeln bezeugten Satze, dass die Rückgabe der Sache und die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug und zwar bereits bei dem Eintritt des Gewähren erfolgen. Obgleich die Existenz dieser Rechtsübung mit Sicherheit aus keiner anderen

Quelle nachgewiesen werden kann, ist ein Zweifel darüber, dass dieselbe in der langobardischen Praxis thatsächlich bestanden hat, vollständig ausgeschlossen. Diese Annahme wird auch durch die Expositio zu c. 7 Capitul. Otton. I, welche die Controversen über die Tragweite der letztgedachten Vorschrift behandelt, unterstützt; denn sämmtliche dort mitgetheilten, unter sich weit auseinandergehenden Ansichten setzen den hier in Frage kommenden usus als etwas Selbstverständliches voraus. Gleichzeitig enthält der bezügliche Abschnitt der Expositio einige höchst charakteristische Bemerkungen, welche uns den practischen Werth, den eine derartige Behandlung des Gewährszuges gerade in dem langobardischen Rechtsgebiete haben musste, erkennen lassen. Während nemlich nach salischem und ribuarischem Rechte der Anefangsbeklagte den Auctor vor das Gericht, vor welchem die erste Verhandlung stattgefunden hat, vorbringen muss, zwingt das langobardische Recht den Anefangskläger, dem Beklagten zu dem Auctor resp. zu dem Gerichte, in welchem derselbe dingpflichtig ist, zu folgen. Sehen wir nun vorläufig von der durch das c. 7 Capitul. Otton. I eingeführten Neuerung, welche durchaus nicht gemeingermanischen Rechts ist, ab, so würde der Anefangsbeklagte nach der herrschenden Ansicht genöthigt sein, mit dem Kläger von einem Gewähren zu dem anderen mitzugehen, wie viele deren auch sein mögen, und wie weit ihr Wohnsitz auch entfernt sein mag. Und nicht bloss der ursprüngliche Anefangsbeklagte müsste sich, wenn er die definitive Entscheidung über den reipersecutorischen Anspruch des Klägers abwarten wollte, in dieser Weise bemühen; die gleiche Verpflichtung würde auch jeden einzelnen Auctor, welcher in den Process eintritt, aber seinerseits weiter zur Gewähr zieht, treffen. Denn auch die Zwischenbesitzer der Sache, welche dieselbe nach dem Diebe und vor dem Anefangsbeklagten innegehabt haben, wären, wenn ihre Gewährleistungspflicht erst nach erfolgter Eviction, d. h. nachdem der Kläger dem letzten Gewähren gegenüber obgesiegt hat, in Kraft treten würde, bis zum Ausgange des Rechtsstreits an demselben interessirt. Das Verfahren würde also ein im höchsten Grade ermüdendes sein und selbst bei der von Otto dem Grossen für das langobardische Reich eingeführten Beschränkung des Gewährzuges auf die dritte Hand und die dritte Grafschaft noch complicirt genug bleiben. Wie einfach gestaltet sich dagegen die Procedur, wenn man, den oben citirten Formeln ent-

sprechend, voraussetzt, dass jeder Gewähre sogleich bei seinem Eintritt in den Process seinem Rechtsnachfolger den von diesem gezahlten Kaufpreis wiedererstattet. Durch die definitive Auflösung des zwischen dem ursprünglichen Anefangsbeklagten und seinem Contrahenten über die intertiirte Sache abgeschlossenen Rechtsgeschäftes verliert der erstere jegliches Interesse an dem weiteren Verlaufe des Processes; er kann jetzt, wie die Expositio sich in recht drastischer Weise ausdrückt, wenn er will, nach Hause gehen.

> Exposit. zu Capitul. Otton. I. c. 7 (Monum. Germ. hist. Leg. t. IV p. 578 § 2): per usum reddat pretium et accipiat equum; et ipse, apud quem intertiatus fuit, revertatur domum, si voluerit.

Das Gleiche gilt von jedem Gewähren, sobald dessen Rechtsvorgänger in den Process eingetreten ist.

> Expos. eod. loc. § 1. si ipse secundus auctor dixerit, se ei vendidisse, per istum usum pretium reddat et equum recipiat et ipse prior auctor domum revertatur, si uoluerit.

Die sofortige Rückzahlung des Kaufpreises an den aus dem Processe ausscheidenden derivativen Erwerber der Sache hat also die Folge, dass der Rechtsstreit nicht bloss bei seinem Beginne, sondern auch in seinem weiteren Fortgange stets nur zwischen zwei Personen, dem Anefangskläger und dem zeitigen Inhaber der Beklagtenrolle, schwebt. Die hierin liegende Vereinfachung des Anefangsverfahrens ist nun gewiss im höchsten Grade beachtenswerth; irrig würde es aber sein, wenn man aus dem soeben Ausgeführten schliessen wollte, dass jene langobardische Rechtsübung lediglich derartigen Utilitätsrücksichten ihre Entstehung verdanke. Gegen diese Annahme spricht zunächst schon der Wortlaut der Expositio, nach welchem die Rückzahlung des Kaufpreises seitens des eintretenden Gewähren unter allen Umständen sofort erfolgt, also auch dann, wenn der Beklagte nicht nach Hause gehen will, sondern es vorzieht, den Ausgang des Rechtsstreits abzuwarten. Weiter kommt in Betracht, dass unsere oben als Hypothese hingestellte Interpretation der einschlägigen Bestimmungen der Lex Ribuaria bei Vergleichung der langobardischen Quellen so sehr an Glaubwürdigkeit gewinnt, dass die Uebereinstimmung beider Rechte nach der hier interessirenden Richtung hin beinahe als sicher angesehen werden darf. Mag daher auch zugegeben werden, dass das völlige Ausscheiden des

Anefangsbeklagten beim Eintritt des Gewähren in dem langobardischen Gerichtsgebrauche schärfer hervortrat, als in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen sich das ganze Verfahren vor demselben Gerichte abspielte, so spricht auf der anderen Seite doch die Präsumption dafür, dass die fragliche Rechtsübung nicht als eine particularrechtliche Eigenthümlichkeit jenes Stammesrechtes, sondern als ein Product gemeingermanischer Rechtsbildung aufzufassen ist. Eventuell würde aber jedenfalls die Thatsache bestehen bleiben, dass eine rein germanische, auf dem Gerichtsgebrauche ruhende Quelle es nicht blos als juristisch denkbar, sondern sogar als dem regelmässigen Verlaufe des Anefangsverfahrens entsprechend hinstellt, dass der ursprüngliche Anefangsbeklagte gegen Wiedererstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises seine Rechte an der intertiirten Sache aufgiebt, bevor eine definitive gerichtliche Entscheidung über den reipersecutorischen Anspruch des Klägers erfolgt ist. Gerade diese Feststellung ist es aber, auf welche wir bei unserer weiteren Argumentation das entscheidende Gewicht legen werden.

Die Quellen setzen uns nemlich ohnehin nicht in die Lage, die mit dem Eintritt des Gewähren verbundene Auflösung des zwischen ihm und dem ursprünglichen Beklagten abgeschlossenen Rechtsgeschäftes ihrer ganzen Bedeutung nach zu würdigen. Das nackte „reddat pretium", welches die langobardischen Formeln enthalten, bildet für sich allein keine genügende Unterlage für die Beantwortung aller der Fragen, welche sich bei der Betrachtung jenes tief einschneidenden Actes aufdrängen. So erhalten wir keinen Aufschluss darüber, ob die sofortige Wiedererstattung des Kaufpreises an den aus dem Processe ausscheidenden Beklagten lediglich dann stattfand, wenn alle Betheiligten damit einverstanden waren, oder ob der Anefangsbeklagte, der eintretende Gewähre oder auch der Anefangskläger ein gesetzliches Recht auf die Leistung resp. auf die Annahme der Zahlung hatte. Ebensowenig erfahren wir, wie sich das Rechtsverhältniss im Falle der Zahlungsunfähigkeit des eintretenden Auctors gestaltete. Konnte der Anefangsbeklagte in diesem Falle die Herausgabe der Sache verweigern und dadurch die Fortsetzung des Anefangsverfahrens unmöglich machen, oder musste er die Sache dem Auctor eventuell auch ohne Lösung überlassen? Dass erst die Beantwortung dieser Fragen volle Klarheit über den rechtlichen Charakter der hier erörterten Rechtsübung ergeben

würde, ist selbstverständlich. Bei unbefangener Prüfung der oben aufgeführten Quellenzeugnisse wird man sich nun des Eindrucks kaum erwehren können, dass die Zurückzahlung des Kaufpreises an den ausscheidenden Beklagten nicht bloss eine juristisch bedeutungslose Gepflogenheit, sondern ein für den Fortgang des Anefangsverfahrens rechtlich erheblicher und vielleicht sogar nothwendiger Act ist. Anderenfalls wäre es kaum zu erklären, dass sie in drei verschiedenen Quellen erwähnt und nicht nur in den langobardischen Formeln, sondern auch in der Lex Ribuaria sogar mit besonderem Nachdrucke betont wird. Weiter scheinen die wechselseitigen Stipulationen zwischen dem Anefangsbeklagten und dem Gewähren darauf hinzudeuten, dass ersterer lediglich gegen Wiedererstattung des Kaufpreises zur Herausgabe der intertiirten Sache an den Auctor verpflichtet war, eine Annahme, welche übrigens, wie in dem nächsten Paragraphen ausführlicher dargethan werden soll, auch durch die Bestimmungen der Quellen über die Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten resp. über das Einlösungsrecht nahegelegt wird. Ein stricter Beweis für die Richtigkeit dieser Auffassung des recipere der cinewerdunia lässt sich jedoch auf Grund des vorhandenen Quellenmaterials nicht erbringen. Um nun unsere weitere Schlusssetzung auf sicherer Basis und nicht auf Hypothesen aufzubauen, legen wir jener von den langobardischen Formeln bezeugten Rechtsübung die geringste Bedeutung bei, welche ihr innewohnen kann. Wir nehmen dementsprechend an, dass der Anefangsbeklagte, um sich von der Diebstahlsbeschuldigung zu reinigen, unter allen Umständen genöthigt war, die intertiirte Sache auf seinen Vormann zu schieben, gleichgültig, ob er von demselben „wederstadinge“ erhielt oder nicht. Wir supponiren ferner, dass der Anefangsbeklagte, wenn er wollte, die endgültige Entscheidung des Rechtsstreits abwarten und bis dahin die Annahme der cinewerdunia verweigern konnte, und dass weiter auch der Gewähre das Recht hatte, den Kaufpreis solange zurückzuhalten, bis die intertiirte Sache dem Anefangskläger zugesprochen worden war. Dieses als richtig vorausgesetzt, würde sich ergeben, dass die Auflösung des zwischen dem Anefangsbeklagten und seinem Gewähren abgeschlossenen Rechtsgeschäfts, wenn sie überhaupt stattfand, nicht auf einem zwingenden Rechtssatze, sondern auf freier Vereinbarung beruhte. Selbst wenn wir auf diese Art die hier erörterte Rechtsübung jeder juristischen Bedeutung entkleiden,

bleibt doch noch das bereits oben hervorgehobene thatsächliche Moment übrig, welches insofern von erheblichem Interesse ist, als es die den Quellen zu Grunde liegende Auffassung von dem Ziehen auf den Auctor mit voller Deutlichkeit erkennen lässt. Ist es richtig, dass der Anefangsbeklagte, obgleich der reipersecutorische Anspruch des Anefangsklägers im weiteren Verlaufe des Verfahrens widerlegt werden könnte, dennoch die endgültige Entscheidung des Rechtsstreits regelmässig nicht abwartet, sondern die Sache bereits beim Eintritt des Gewähren ohne Weiteres preisgiebt, so ist damit dargethan, dass die Tendenz der Vertheidigung beim Gewährszuge nach der Ansicht der langobardischen Formeln resp. der langobardischen Praxis nicht auf das Behalten der Sache gerichtet ist. Vielmehr verzichtet der Anefangsbeklagte, indem er die Sache in die Hand seines Auctors zurücklegt und sich von demselben sofort entschädigen lässt, nicht bloss auf die eigene Vertretung der Sache, sondern auch auf das Rückforderungsrecht, welches ihm beim Unterliegen des Klägers gegen den Gewähren zuerkannt werden müsste.

Wie verschieden ist diese in den Quellen hervortretende Auffassung des Gewährzuges von der oben besprochenen Bruns-Sohmschen Theorie, nach welcher auch in der Geltendmachung eines derivativen Titels d. h. in der Berufung auf den Auctor die Erhebung der Contravindication seitens des Anefangsbeklagten liegen würde! Unserer Meinung nach ist eine derartige Verzichtleistung des Anefangsbeklagten auf die Sache, wie sie von den langobardischen Formeln zum mindesten als ein naturale des Gewährszuges vorausgesetzt wird, bei einer bürgerlichen Klage um Gut absolut unverständlich. Würde der Anspruch auf die Herausgabe der Sache, wie die herrschende Ansicht annimmt, entweder den hauptsächlichen Inhalt oder wenigstens einen von der strafrechtlichen Anschuldigung gesonderten Bestandtheil der Anefangsklage bilden, so würde das Begehren des Klägers, die mit Anefang belegte Sache ohne Rücksicht auf eine persönliche Verpflichtung ihres gegenwärtigen Inhabers wiederzuerlangen, auf seinem civilen Rechte, gerade diese Sache zu haben, beruhen. Denn dem letzten Grunde nach ist es ja das Interesse an der Individualität der Sache, welches durch die Gewährung einer dinglichen, d. h. gegen den Dritten gerichteten, mit dem persönlichen Anspruche auf Werthsersatz concurrirenden Klage geschätzt wird. Das gleiche Interesse, wie derjenige, welcher „um Gut“

klagt, hat aber auch der um Gut Beklagte, bei welchem noch das weitere Moment hinzukommt, dass er thatsächlich besitzt und beim Siege des Klägers sich erst seines Besitzes entäussern muss. Hiernach erscheint es aber als ein selbstverständliches und begrifflich nothwendiges Erforderniss jeder „dinglichen" Klage, dass der Beklagte nur einem besseren Rechte des Klägers zu weichen bereit ist und die Sache, solange ein solches Recht des Klägers nicht feststeht, wehrt. Anderenfalls würden Angriff und Vertheidigung bei der Klage um Gut einander nicht das Gleichgewicht halten. Wie will man es diesen Erwägungen gegenüber erklären, dass das altgermanische Recht von der Voraussetzung ausgeht, dass der redliche Drittbesitzer der intertiirten Sache, welcher von der eigenen Vertheidigung derselben ohnehin ausgeschlossen ist, vor definitiver Entscheidung des Rechtsstreits auf dieselbe verzichtet und sich mit der Zurückzahlung des von ihm gegebenen Kaufpreises begnügt? Erschien es für den Anefangsbeklagten gleichgültig, ob er die Sache selbst oder ihren Geldwerth erhielt, warum stellte man sich dann bei dem Anefangskläger auf den entgegengesetzten Standpunkt? Warum verwies man nicht lieber den Bestohlenen, anstatt sein Interesse an der Individualität der ihm entwendeten Sache durch eine contra quemcumque possidentem gerichtete Rückforderungsklage zu schützen, auf den Ersatzanspruch gegen den Dieb als persönlich Verpflichteten? Dieser Weg wäre, die Voraussetzungen, von denen die herrschende Ansicht ausgeht, als richtig zugegeben, schon deshalb der billigere gewesen, weil der thatsächliche Besitz ja auch nach germanischer Anschauung im Zweifel den Vorzug verdient.

Während hiernach die sofortige Rückzahlung des Kaufpreises beim Eintritt des Gewähren, vom Standpunkte der herrschenden Ansicht aus betrachtet, unerklärt bleibt, lässt sich dieselbe bei Zugrundelegung unserer Auffassung der Anefangsklage in sehr einfacher Art motiviren. Ist die Anefangsklage, wie wir annehmen, eine Strafklage, so beruht ihre Richtung gegen den Besitzer der *düve* nicht auf dem civilen Interesse des Klägers an der Individualität der ihm entwendeten Sache, sondern auf der strafprocessualischen Bedeutung der letzteren als corpus delicti d. h. als Trägerin des Diebstahlsverdachts und als leiblicher Beweisung für die Diebstahlsbeschuldigung. Dieses Moment ist es, welches den Kläger, selbst wenn er gar kein Gewicht darauf legte, die

Sache in natura wiederzuerhalten, zur Erhebung des Anefangs gegen den Inhaber derselben veranlassen würde. Die gleiche Auffassung der Sache, welche für den Kläger massgebend ist, beherrscht nun aber, wie das objective Recht voraussetzt, auch die Vertheidigung des Beklagten. Auch für den Anefangsbeklagten tritt nach erfolgter manus immissio die civilrechtliche Bedeutung der Sache als eines Vermögensobjects hinter ihre strafprocessualische Function als corpus delicti zurück. Er betrachtet sie jetzt als denjenigen körperlichen Gegenstand, dessen Besitz ihn der Schuld an dem mit dem Anefang gerügten Diebstahl zeiht und ihn zum substantiirten Beweise seiner Unschuld nöthigt. Hiernach bestimmt sich auch das Ziel, welches die Vertheidigung des Beklagten verfolgt. Ist derselbe nemlich ausser Stande, die Behauptung des Anefangsklägers, die intertiirte Sache sei eine düve, in eigener Person zu widerlegen und muss er dieselbe demgemäss bis auf Weiteres als richtig gelten lassen, so wird er sich darauf beschränken, darzuthun, dass nicht er, sondern ein Anderer der Dieb ist. Das kann aber nach der Auffassung des germanischen Rechtes nur dadurch geschehen, dass er sich auch äusserlich von der Sache, welche leibliche Beweisung gegen ihn bildet, losmacht. Die Sache, und mit ihr den Diebstahlsverdacht, loszuwerden, das ist also das Interesse, welches der Anefangsbeklagte bei dem Gewährszuge zu verwirklichen sucht. In ähnlicher Weise führt der auf handhafter That gefangene Friedebrecher seine Vertheidigung dadurch, dass er sich gegen das Aufbinden der düve wehrt, resp. das Losbinden derselben zu erlangen sucht. In dem Anefangsverfahren wird nun die Verbindung zwischen dem Beklagten und der Sache durch die Rückgabe der letzteren an den Auctor, welcher mit derselben den Diebstahlsverdacht auf sich nimmt, aufgelöst. Bei diesem Schieben der düve zeigt sich aber, dass die intertiirte Sache doch nicht bloss corpus delicti, sondern auch Object von Vermögensrechten ist, und dass der Anefangsbeklagte, wenn er sich ihrer entäussert, sein Vermögen vermindert. Diese thatsächliche Folge der Retradition der Sache sucht der Anefangsbeklagte jedoch nicht dadurch zu beseitigen, dass er sich seine Rechte an der letzteren bis zur endgültigen Entscheidung des Rechtsstreits vorbehält; denn daran, gerade den von dem Kläger „furtivirten“ d. h. als gestohlen bezeichneten Gegenstand, welcher aus formal-processualischen Gründen bis zum Schlusse des Verfahrens in demselben verbleiben

muss, wiederzuerhalten, ist ihm nichts gelegen. Er ist vielmehr zufrieden, wenn er sich mit der Sache der Beklagtenrolle entledigen kann und nicht genöthigt ist, sich an dem Verfahren, welches auch für ihn ein wesentlich strafprocessualisches Interesse gehabt hat, weiter zu betheiligen. Er stellt daher an den in den Process eintretenden Auctor lediglich das Verlangen, dass derselbe ihn wieder in die Lage versetze, in welcher er sich vor dem Erwerbe der unter ihm mit Anefang belegten Sache befand, d. h. dass er ihm gegen Rückgabe derselben seinen Kaufpreis zurückerstatte. Das ist unserer Meinung nach die Idee, welche der langobardischen Praxis vorschwebt, wenn sie mit dem Eintritt des Auctors die definitive Auflösung des über die intertiirte Sache abgeschlossenen Rechtsgeschäftes verbindet. Wir werden aber weiter nicht fehlgehen, wenn wir aus dieser Rechtsübung, der wir bisher lediglich eine thatsächliche Bedeutung beigelegt haben, auch einen juristischen Schluss ziehen, welcher zum mindesten für die Auffassung des Gewährszuges erheblich ist. Dass nemlich das letztgedachte Rechtsinstitut als ein Mittel, eine im Streit befangene Sache zu behalten, verwerthet werden konnte und bereits zur Zeit der Abfassung der langobardischen Formeln verwerthet wurde, wird auch von uns nicht in Zweifel gezogen. Was speciell das langobardische Recht betrifft, so ergiebt sich diese Function des Gewährszuges zunächst aus den den Immobiliarprocess betreffenden Bestimmungen des Edictus, resp. den ihnen angehängten Formeln. Weiter kommt nach dieser Richtung das c. 231 Edict. Roth., welches einen Rechtsstreit um eine Hörige behandelt, in Betracht. Die Eigenthümlichkeit des hier vorausgesetzten Falles liegt einerseits in dem Streitgegenstande (Sclaven werden ja in den germanischen Quellen häufig nach den für Immobilien geltenden Grundsätzen beurtheilt) und andererseits darin, dass nicht die Anefangsklage, sondern eine der Immobiliarklage analoge schlichte Klage angestellt worden ist. In dieser Stelle wird dem ursprünglichen Beklagten das Recht zuertheilt, von dem Auctor, welcher erklärt, dass er die streitige Sclavin nicht vertheidigen könne, einen Eid des Inhalts zu verlangen, dass er (der Auctor) sich nicht mit dem Kläger verabredet habe, ihm (dem Beklagten) den Besitz der Sache zu entreissen. Hieraus ergiebt sich nun zwar, dass der Beklagte, welcher zur Gewähr zieht, die Sclavin trotzdem behalten will; gleichzeitig geht aber aus dieser Stelle mit noch grösserer Deutlichkeit als aus

den übrigen Quellenvorschriften hervor, wie wenig die Berufung auf den Auctor zur Erreichung dieses Zwecks geeignet ist. Denn der, vom modernen Standpunkte aus betrachtet, in erster Linie an dem Ausgange des Rechtsstreits interessirte Besitzer der Sache ist nicht bloss von der eigenen Vertheidigung derselben völlig ausgeschlossen; er muss auch die Folgen einer fahrlässigen Processführung seines Auctors tragen und kann sich gegen den dolus des letzteren nur durch ein künstliches Mittel schützen. Erscheint der Gewährszug hiernach im Rahmen der Klagen um Gut als ein direct zweckwidriges Vertheidigungsmittel, so ist es von grösster Wichtigkeit, zu constatiren, dass derselbe in seiner ursprünglichen Anwendung überhaupt nicht dazu bestimmt war, dem Beklagten das Behalten einer Sache zu sichern. Die Bedeutung der von den langobardischen Formeln bezeugten Rechtsübung liegt demgemäss darin, dass sie uns über den historischen Grund einer Erscheinung, welche nicht bloss bei der Anefangsklage, sondern auch bei den übrigen Klagen um Gut begegnet, Aufklärung giebt. Bei dem strafprocessualischen Character der alten intertiatio im Allgemeinen und des für sie geschaffenen Gewährszuges im Besonderen ist eben die Frage, welcher von den Parteien schliesslich das civile Recht an der Sache zugesprochen wird, so nebensächlicher Natur, dass man auch bei dem Beklagten voraussetzt, er werde die Sache ohne Weiteres dem Interesse an der Ermittlung des Diebes opfern. Diese in dem recipere der cinewerdunia zu Tage tretende Auffassung erklärt es, dass der ursprüngliche Beklagte beim Eintritt des Gewähren vollständig aus dem Processe ausscheidet, obgleich die unter ihm mit Anefang belegte Sache in demselben verbleibt. Wir können demgemäss, unseren obigen Ausführungen entsprechend, unbedenklich zugeben, dass der Anefangsbeklagte nicht genöthigt war, in die sofortige Auflösung des über die intertiirte Sache abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zu willigen, dass er vielmehr bis zum Schlusse des Verfahrens daran festhalten konnte, die Sache behalten zu wollen. Durch eine derartige Erklärung wurde an dem regelmässigen Verlaufe des Anefangsverfahrens nichts geändert; denn da der Gewährszug, wie wir jetzt wissen, zur Verwirklichung dieses Interesses des Beklagten gar nicht geschaffen war, musste letzterer, auch wenn er nicht „nach Hause ging", dem Streite des Klägers mit den Gewährsmännern wie ein unbetheiligter Dritter zusehen.

Zur Feststellung des rechtlichen Characters des Gewährszugs reicht es also vollkommen aus, wenn wir der Rückzahlung des Kaufpreises beim Eintritt des Gewähren lediglich eine symptomatische Bedeutung beilegen. Bei Beantwortung der weiteren oben angeregten Frage, ob nemlich die dingliche Wirkung der Anefangsklage als eine Folge des Schiebens der intertiirten Sache aufgefasst werden kann, wäre es dagegen allerdings wesentlich zu wissen, ob der Anefangsbeklagte die Sache lediglich gegen Erstattung des Kaufpreises in dem Verfahren zu belassen braucht. Zur Unterstützung unserer oben ausgesprochenen Vermuthung, dass diese Frage zu bejahen sei, möchten wir hier noch auf die Analogie des soeben citirten c. 231 Edict. Rothar. hinweisen. Hier wird allerdings vorausgesetzt, dass die Zurückzahlung des für die streitige Sclavin gezahlten Kaufpreises erst nach dem definitiven Siege des Klägers erfolgt. Andererseits ergiebt sich aus dieser Stelle mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit der Schluss, dass der Beklagte die von dem Kläger in Anspruch genommene Sache nur gegen Lösung herauszugeben brauchte. Denn abgesehen davon, dass dem Auctor die Verpflichtung auferlegt wird, die nach dem Verkaufe der Sclavin geborenen Kinder derselben von dem Beklagten zurückzukaufen, fällt der Anspruch des Klägers vollständig zusammen, wenn der Auctor inzwischen gestorben und sein Vermögen an die curtis regia, von welcher Beklagter keine wederstadinge erhält, gefallen ist. Die hier hervortretende Idee, dass die „Dinglichkeit“ in einem persönlichen Anspruche gegen den Auctor, dem Kläger die im Besitze eines Dritten befindliche Sache zu verschaffen, besteht, ist übrigens dem germanischen Rechte auch sonst nicht fremd; sie findet sich insbesondere in den allerdings durchaus eigenartigen Bestimmungen der Lex Baiuvariorum über das Firmationsverfahren wieder. Immerhin ergeben auch diese Stellen, welche sämmtlich nicht das Anefangsverfahren betreffen, nur eine Vermuthung und wir müssen daher an der Annahme festhalten, dass der Beklagte stets zur Rückgabe der Sache verpflichtet war. Selbst wenn wir dieses als richtig unterstellen, ist die Möglichkeit, unsere oben versuchte Erklärung der in diesem Falle eintretenden Entscheidung über den Anspruch auf Herausgabe der Sache aufrechtzuerhalten, nicht ausgeschlossen. Die Rückgabe der Sache an den Auctor erfolgt behufs Fortwälzung der leiblichen Beweisung; sie hat die Wirkung einer Ueberlassung „to behaldene unde to verliesene“, weil der

Anefangsbeklagte ein eigenes Recht an der Sache überhaupt nicht geltend machen will. Dementsprechend gelangt die Sache durch den Gewährszug schliesslich auf den Dieb, von welchem sie der Anefangskläger zusammen mit der Diebesbusse zurückerhält. Eine wesentliche Unterstützung findet diese Erklärung in dem Umstande, dass die intertiirte Sache nach den langobardischen Formeln auch dann, wenn sie keine düve ist, von dem Anefangsbeklagten aufgegeben und von Hand zu Hand geschoben wird.

Das können wir nun nach unseren vorstehenden Ausführungen zum mindesten als erwiesen ansehen, dass es mit unserer Auffassung der Anefangsklage als einer Strafklage keineswegs in Widerspruch steht, wenn dieses Rechtsinstitut im Falle des Gewährszuges zur Wiedererlangung einer in dritter Hand befindlichen Sache führt. Mag es auch richtig sein, dass ein solcher „dinglicher“ Anspruch an sich in eine Delictsklage nicht hineingehört, so beruht doch die Complication, welche im Anefangsverfahren zur Geltendmachung desselben Anlass giebt, und die Durchführung desselben im Einzelnen gerade auf den strafprocessualischen Eigenthümlichkeiten dieser Klagenform. In diesem Sinne können wir daher bereits auf Grund unserer bisherigen Schlusssetzung die Ansicht aussprechen, dass die „dingliche Wirkung“ der Anefangsklage als eine Folge des Gewährszuges aufzufassen ist. Ob aber weiter auch die Existenz eines materiellen Rechtssatzes, auf welchen die „Vindicabilität“ gestohlener Sachen zurückzuführen ist, in Abrede gestellt werden darf, muss vorläufig noch dahingestellt bleiben. Gegen eine derartige Annahme könnte nemlich nicht ohne Grund Folgendes eingewendet werden. Dass der Gewährszug den Beklagten von der eigenen Vertheidigung der Sache definitiv ausschliesst, das erklärt sich allerdings aus dem strafprocessualischen Character dieses Rechtsinstituts, welches die Berücksichtigung des Interesses des Beklagten an der Individualität der intertiirten Sache nicht gestattet. Dass der Beklagte seine Rechte an der letzteren bereits beim Eintritt des Gewähren definitiv aufgiebt, kann dagegen auch darauf zurückgeführt werden, dass er dieselbe, der Versicherung des Klägers Glauben schenkend, für eine düve hält, auf deren Herausgabe der Bestohlene nach dem materiellen Rechte Anspruch hat. Hiernach würde sich aber die Auflösung des über die intertiirte Sache abgeschlossenen Rechtsgeschäftes bereits als Folge der Vindicabilität gestohlener Sachen darstellen. Für diese

Erklärung scheint dann weiter auch der Umstand zu sprechen, dass der Bestohlene die ihm entwendete Sache nicht bloss im Falle des Gewährszuges, sondern auch in anderen Fällen, insbesondere wenn Beklagter die Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten erhoben hat, wiedererlangt.

Dieses letzte Argument, welches man auf den ersten Blick für völlig durchgreifend halten könnte, ist in Wahrheit nicht stichhaltig; vielmehr wird gerade die im nächsten Paragraphen folgende Erörterung über die Einrede des Marktkaufs zum Nachweise für die Richtigkeit unserer oben ausgesprochenen Vermuthung führen. Da nemlich mit grosser Wahrscheinlichkeit dargethan werden kann, dass die Verurtheilung des auf den letztgedachten Einwand provocirenden Beklagten nicht auf einem materiellen Rechtssatze beruht, sondern eine Folge der Nichterfüllung der processualischen Pflicht, den Gewähren zu gestellen, ist, so ergiebt sich hieraus mit logischer Nothwendigkeit, dass ein solcher materieller Rechtssatz in ältester Zeit überhaupt nicht bestanden hat und dass demgemäss die dingliche Wirkung des Anefangsverfahrens in der That als eine Folge des Schiebens anzusehen ist. Haben wir aber erst diese Feststellung getroffen, so tritt die Frage, ob der Anefangsbeklagte die Sache dem Auctor nur gegen Rückerstattung des Kaufpreises zu retradiren hat, völlig in den Hintergrund. Denn selbst wenn mit Sicherheit angenommen werden könnte, dass das Gegentheil der Fall ist, wäre damit doch nur dargethan, dass der Anefangsbeklagte bei Erfüllung seiner processualischen Pflicht die Gefahr der Insolvenz seines Contrahenten zu tragen hat. Dass dieses in der That die Auffassung der germanischen Quellen ist, wird weiter unten wahrscheinlich gemacht werden.

Hier mag schliesslich noch hervorgehoben werden, dass unsere Annahme, der Anefangsbeklagte habe auf die unter ihm intertiirte Sache freiwillig verzichtet und regelmässig die sofortige Auflösung des von ihm über dieselbe abgeschlossenen Erwerbsgeschäfts verlangt, mit den übrigen uns bekannten Grundsätzen des germanischen Rechts durchaus in Einklang steht. Wir sind mit R. Loening[1]) darüber einverstanden, dass der Verkäufer einer später intertiirten Sache, falls seine Gewährleistungspflicht den Inhalt hätte, den Käufer im Besitz die Sache zu schützen, bei erfolgter Eviction in Strafe verfallen müsste. Der Nachweis, dass dieses

[1]) Loening, Vertragsbruch, S. 102 ff.

sich in der That so verhält, ist aber von Loening nicht erbracht worden, vielmehr ergiebt sich aus den Volksrechten, falls von den durchaus eigenthümlichen Bestimmungen über das baierische Firmationsverfahren abgesehen wird, und theilweise sogar noch aus den späteren Quellen, dass der Käufer lediglich auf die Wiedererstattung des Kaufpreises, also regelmässig nicht einmal auf das Interesse Anspruch hat. Obgleich daher auch von uns nicht in Abrede gestellt wird, dass der Verkäufer häufig vertragsmässig und unter Zusicherung einer Conventionalstrafe die Verpflichtung übernahm, dem Käufer das Behalten der Sache (regelmässig eines Grundstückes) zu sichern, und dass in späterer Zeit auch auf Grund des objectiven Rechtes von ihm verlangt werden konnte, dass er die Sache von der Ansprache freie, entledige (disbrigare), so nehmen wir doch im Gegensatze zu Loening an, dass ursprünglich der Inhalt der Gewährleistungspflicht im germanischen Rechte lediglich in der Uebernahme der Beklagtenrolle unter Auflösung des über die Sache abgeschlossenen Kaufgeschäfts bestand. Diese Auffassung der Gewährschaft, welche auf dem strafprocessualischen Charakter des ältesten Entwährungsfalles beruht, tritt auch in der juristischen Construction der Erstattungspflicht des Auctors hervor. Das germanische Recht fasst nemlich die Gewährleistung wegen Eviction mit der wegen heimlicher Mängel zusammen, und lässt in beiden Fällen gleichmässig die Wandelung des Kaufgeschäftes eintreten. Vergl. z. B.:

> Glogauer Rechtsbuch c. 115 (Wasserschleben S. 51). Vorkeufft eyn man eyn pherd her sal ys geweren, daz ys nicht stetig sey nach starblint nach vnrechten anefang.

Als Fehler der Sache erscheint aber nach der ältesten Anschauung nicht bloss die Furtivität, sondern bereits der Umstand, dass ihr Besitzer durch sie in einen Diebstahlsprocess verwickelt wird. Demzufolge verlangt der Beklagte sofort bei dem Eintritt des Auctors die Redhibition, deren Vollziehung mit dem Schieben des corpus delicti zusammenfällt.

Auch die Auffassung, es sei für den Beklagten gleichgültig, ob er die Sache selbst oder ihren Geldwerth habe, ist keine Eigenthümlichkeit des Anefangsverfahrens, sondern eine Aeusserung eines allgemeinen Princips von weitgehender Bedeutung. Nichtachtung der Individualität ist der Charakter des ältesten Rechtes; dieser von Sohm in einem ganz anderen Sinne auf-

gestellte Satz gilt speciell für das altgermanische Mobiliarrecht. Der Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht liegt darin, dass die Verfolgung von Mobilien in dritter Hand nach dem unserer Meinung nach die Regel enthaltenden Satze „Hand muss Hand wahren" ausgeschlossen ist. Unsere Untersuchungen über die Anefangsklage werden nun zu dem Resultate führen, dass auch die Ausnahme von diesem Princip, die Vindicabilität wider Willen verlorenen Guts, ihrer ursprünglichen Bedeutung nach nicht auf das civile Interesse des Bestohlenen an der Individualität der Sache zurückzuführen ist, sondern auf den strafprocessualischen Eigenthümlichkeiten der Diebstahlsverfolgung, insbesondere auf der Bedeutung der gestohlenen Sache als corpus delicti beruht. Demgemäss fügt sich aber der Satz, dass in ältester Zeit ebensowenig wie für die Verfolgung, so auch für das Behalten einer in dritter Hand befindlichen individuellen Sache ein besonderer civiler Rechtsschutz bestand, durchaus harmonisch in das Werthsystem des altgermanischen Mobiliarrechts ein.

Die nähere Ausführung dieser Ideen müssen wir dem zweiten Theile der vorliegenden Studien, welcher die materiellrechtliche Seite der hier angeregten Fragen behandeln wird, überlassen.

II. Rechtsbücher.

Bereits aus unseren früheren Ausführungen ergiebt sich, dass wir gar nicht erwarten können, in den Quellen des späteren Mittelalters eine directe Bestätigung unserer soeben für das älteste Recht entwickelten Ansicht zu finden. In dieser Periode beginnt ja die Anefangsklage, ihren strafprocessualischen Charakter mehr und mehr abzustreifen und sich zu einer bürgerlichen Klage um Gut umzugestalten. Auch wird es von uns nicht bestritten, dass in dem Sachsenspiegel und den ihm verwandten Quellen die Vindicabilität wider Willen verlorener Sachen die Bedeutung eines civilrechtlichen Princips erlangt hat. Die nachstehenden Erörterungen haben demgemäss lediglich den Zweck (und hierin liegt zugleich die Erklärung dafür, dass sie an dieser Stelle Aufnahme gefunden haben) einzelne Eigenthümlichkeiten des späteren Rechtes hervorzuheben, welche sich unserer Meinung nach als Ueberbleibsel eines älteren Rechtszustandes charakterisiren.

Der Sachsenspiegel und Richtsteig Landrechts scheinen bereits dadurch zu der von uns entwickelten Auffassung des Gewährszugs in Widerspruch zu treten, dass sie streng unterscheiden, ob der Beklagte, welcher behauptet, die Gewahrsam der Sache

von einem Dritten überkommen zu haben, ein eigenes Recht an der Sache geltend macht oder angiebt, in fremdem Namen zu besitzen. Nur in dem ersten Falle findet nach dem Wortlaut der hierher gehörigen Bestimmungen ein Gewährszug im technischen Sinne statt, während der Commodatar, Depositar etc. sich darauf beschränkt, die Einlassung auf die Klage abzulehnen, „die Antwort zu wehren". Das ergiebt sich zunächst aus folgender Stelle:

> Sachsensp. III. 5 § 1. Svat so man enem manne liet oder düt to behaldene openbare, mach he dat getügen selve dridde, man ne mach ine düve noch roves tien dar an. Dries over viertennacht sal man aver jenen vore laden vore to stande sin gut, of he wille; ne dut he's nicht, man geweldeget is jenen, die dar up klaget; den dach sal aver kündegen, die dat gut under ime hevet, jeneme de't ime dede mit orkünde to hove unde to huse, of he's ane scaden bliven wel.

Auf den ersten Blick scheint nun angenommen werden zu müssen, dass die beiden Sätze dieser Stelle denselben Thatbestand betreffen, und dass sich demgemäss auch die Eingangsworte auf den Fall beziehen, dass der Anefangsbeklagte die von dem Kläger in Anspruch genommene Sache von einem Dritten geliehen oder zur Aufbewahrung erhalten hat. Bei genauerer Prüfung ergiebt sich aber auch die Möglichkeit, dass Eicke von Repgow in dem ersten Satze (ebenso wie in dem unmittelbar vorhergehenden Art. 4 § 1, wo die Einrede, die Sache durch Kauf oder Schenkung vom Kläger erworben zu haben, behandelt wird) ausschliesslich an ein zwischen dem Beklagten und dem Kläger abgeschlossenes Commodat resp. Depositum gedacht hat. Der Uebergang zu dem Folgenden wäre bei Zugrundelegung dieser Annahme allerdings völlig unvermittelt; da Eicke von Repgow jedoch in dem Art. 5 eine ganze Reihe von Bestimmungen über Leihe und Verwahrungsvertrag ziemlich planlos zusammenwürfelt, liegt hierin noch kein directer Beweis gegen die Richtigkeit dieser Interpretation. Erheblich unterstützt wird dieselbe durch den Richtsteig Landrechts, welcher die beiden von dem Sachsenspiegel im Zusammenhange behandelten Fälle streng auseinanderhält. Während sich nun in c. 47 § 3 Richtst. Landr. der Commodatar gegen die von dem Verleiher erhobene peinliche Diebstahlsklage durch den Beweis „dat het (der Kläger) di (dem Beklagten)

lech, unde he wol wiste dat dut haddest unde unvorholen hildest", welcher selbdritt erbracht wird, vertheidigt, erwähnt das c. 14 ibid., welches von der „antwerde umme gut, dat di en ander gedan heft" handelt, eine derartige Beweisführung nicht. Die in § 5 der letztgedachten Stelle enthaltene Verweisung auf c. 47 cit. weiter ist zu allgemein gehalten, als dass aus ihr geschlossen werden könnte, dass die in c. 47 aufgestellten Grundsätze auch auf den Fall des c. 14 Anwendung finden sollen; solche Hindeutungen auf verwandte Materien, welche in den Schriften Johann v. Buch's häufig genug begegnen, berechtigen nicht immer zu sachlichen Folgerungen. Dagegen scheint aus den Worten des § 5 cit.:

> weret denne dat is jene nicht ne wolde unde vorsakede des dat it sine si wo men den dun scole, dat wil ic di hir na secgen, dar wi setten von den vormengeden clagen

hervorzugehen, dass Johann v. Buch den Fall, dass der angebliche Deponent leugnet, die Sache dem Beklagten zu behalten gethan zu haben, mit dem Fall, dass dem Beklagten Bruch an dem Gewähren wird, auf gleiche Stufe stellt. Dieses wird dann weiter wahrscheinlich gemacht durch die entsprechende Bestimmung der Blume des Sachsenspiegels (Pract. 28; Homeyer Richtst. Landr., S. 380), in welcher gesagt wird:

> . . . Der antworter. Her Richter, is ist meyn nicht, sunder is ist mir gethan zu halden und bitt etc., ap ich eynis andern gut vorantworten dorffe. Sentencia. Her endarff. Qweme is nw, das yener gestende vnd loukente, das her is yeme getan hat zu halden. Der Clegir. Her Richter, meyne vordeubte habe habe ich bey ym funden, dormit her sich an eynen geczogin hat, der is ym zu halden gethan hat, der is ym abetrat mit seynem louken, bitt ich etc., ap ich en icht nehir zu eynem dybe zu bereden sey, wenn her dorvon mit keynirhande rede komen moge zu rechte. Der antworter. Her Richter ich mag wol beweisen, das mir is offemberlichin gethan ist zu haldene etc. (Dem Beklagten wird das Beweisrecht für diese Behauptung, welche selbdritt dargethan wird, zuerkannt.)

Hier wird also unzweifelhaft vorausgesetzt, dass der Anefangsbeklagte, welcher die unter ihm mit Beschlag belegte Sache von einem Dritten in Verwahrung erhalten zu haben behauptet, zunächst auf den Deponenten zieht. Lehnt dieser die Ueber-

nahme der Sache ab und erhebt demnächst der Kläger die peinliche Diebstahlsklage, so entschuldigt sich Beklagter selbdritt durch den Beweis, dass ihm die Sache offenbar zu halten gethan sei. Diese Anordnung enthält, wie ich glaube, den Schlüssel zu dem Verständnisse der ziemlich unklaren und anscheinend widerspruchsvollen Bestimmungen, welche hier in Frage kommen. Hat nemlich der Beklagte Kauf, Schenkung oder ein anderes auf Eigenthumsübertragung hinzielendes Rechtsgeschäft behauptet, der von ihm angerufene Auctor aber sich geweigert, in den Process einzutreten, so kann der Kläger gleichfalls die Klage „peinlich machen". In diesem Falle vertheidigt sich Beklagter nicht etwa in der Art, dass er den von ihm behaupteten Erwerbstitel mit Zeugen erhärtet, sondern durch den selbdritt zu erbringenden Beweis „dat het unhalinge geholden hebbe" (d. h. dass er die Sache in einer die Absicht der Verheimlichung resp. den Verdacht einer Betheiligung an dem Diebstahl ausschliessenden Art in seiner Gewahrsam gehalten habe). Gelingt diese Beweisführung, so hat Beklagter die peinliche Klage widerlegt oder wenigstens das Recht erworben, derselben durch seine „schlichte unscult" zu entgehen. Werden nun diese Grundsätze auf den Fall, dass Beklagter die intertiirte Sache geliehen oder zur Aufbewahrung erhalten hat, analog angewendet, so muss, besonders bei der Einrede des Depositum, die Aehnlichkeit der Behauptungen, er habe die Sache „unhalinge gehalden" und dieselbe sei ihm „offenbarliche zu halden gedan" auffallen. Es liegt deshalb die Vermuthung nahe, dass man diese beiden Einreden, welche auch in der oben citirten Stelle des Richtst. Landr. 47 § 3 zusammen vorgebracht werden, mit einander vermischt hat. Weiter kommt in Betracht, und hierin ist vielleicht die Erklärung für Sachsensp. III, 5 § 1 zu suchen, dass der Nachweis, Beklagter habe die Sache geliehen oder zur Aufbewahrung erhalten, an sich noch keine Widerlegung der peinlichen Anklage enthält, sondern die Möglichkeit nahelegt, dass Beklagter ein dem Diebstahl gleichstehendes Verbrechen an der bei ihm gefundenen Sache begangen habe, nemlich die Hehlerei. Vergl.

> Sachsensp. II, 13 § 6. Die düve hudet oder rof, ader emanne mit helpe dar to sterket, werdet si des verwunnen, man sal over sie richten als over jene.

Der Verdacht, dass Beklagter sich einer derartigen Handlung schuldig gemacht habe, würde also selbst dann bestehen bleiben,

wenn der Kläger nicht bestreitet, dass Beklagter die Sache geliehen oder zur Aufbewahrung erhalten, oder wenn diese Behauptung von dem herbeigerufenen Deponenten resp. Commodanten bestätigt worden ist. Höchstwahrscheinlich konnte daher von dem Leiher resp. dem Depositar der Beweis, dass er die Sache „offenbar“ empfangen und unverholen gehalten habe, unter allen Umständen verlangt werden. Das Schwergewicht bei dieser Art der Vertheidigung würde dann aber nicht auf der Geltendmachung eines Grundes für sein Haben, d. h. auf der Widerlegung der Beschuldigung, die Sache weggenommen zu haben, sondern darauf liegen, dass Beklagter darzuthun sucht, das Depositum, resp. das Commodat, auf Grund dessen er unstreitig die Gewahrsam der Sache erlangt hat, sei ein offenbares und falle nicht unter den Begriff der Hehlerei. Die sich hiernach ergebende Abweichung von der Behandlung der Einrede, die Sache gekauft zu haben, wäre bei Zugrundelegung dieser Annahme daraus zu erklären, dass der wissentliche Ankauf gestohlener Sachen keine Hehlerei ist und nicht mit der Diebstahlsstrafe belegt wird.

Setzt man nun voraus, dass der Depositar oder Commodatar durch Gestellung seines Contrahenten von einer etwaigen peinlichen Ansprache noch nicht befreit wurde, so wäre es allerdings denkbar, dass der Beklagte bei Geltendmachung dieser Einrede, ohne auf seinen Auctor zu provociren, sofort Zeugenbeweis für sein unverholenes Halten antreten konnte. Der Gewährszug war eben, wenn die obige Deduction richtig ist, zur Entlastung des Beklagten nicht ausreichend und bei der Vermischung der Einreden, es sei ihm „openbare zu behalden gedan“ und „er habe es unhalinge gehalden“ auch überflüssig. Diese Annahme scheint nun dadurch bestätigt zu werden, dass nur die Blume des Sachsensp. von einem „Ziehen“ auf den Deponenten spricht, während der Sachsensp. und Richst. Landr. jenen Ausdruck augenscheinlich absichtlich vermeiden. Nach diesen Quellen soll nemlich der Anefangsbeklagte als Bote des Richters mit Urkunde von zwei Männern demselben die Beschlagnahme der Sache ankündigen und ihn eventuell dreimal vorladen, seinem Gute vorzustehen. Erscheint der Geladene auch in dem dritten Termine nicht, so wird die mit Anefang belegte Sache dem Kläger ausgehändigt. Diese Procedur hat nun aber nach der ausdrücklichen Erklärung der Quellen den Zweck, den Depositar, welcher „enes anderen

mannes gut mit vorlisen edder vorwerken ne moge", von seiner Haftung für die Rückgabe der Sache an den Deponenten zu befreien. Hierauf beruht das Erforderniss der dreimaligen Ladung des Deponenten, welche dem Contumacialverfahren bei der Klage um Schuld entspricht (Beklagter ladet denselben zur Geltendmachung seiner Ansprüche aus dem Verwahrungsvertrage vor), und weiter auch der Umstand, dass dem Beklagten nach Beendigung des Processes gegen eine etwaige Ansprache des Deponenten Friede gewirkt wird. Die diesbezüglichen Bestimmungen setzen also in Gemässheit von Sachsensp. II, 36 § 2 und Richtst. Landr. c. 17 § 1 voraus, dass der Anefangskläger den Besitzer der abhandengekommenen Sache zunächst auffordert, ihm dieselbe gütlich herauszugeben, und dass letzterer sich hierzu mit dem Bemerken bereit erklärt, er wolle zwar kein eigenes Recht an der Sache in Anspruch nehmen, müsse aber vorher seinem Deponenten zur Uebernahme der Vertheidigung Gelegenheit gewähren. Daran, dass der Anefangskläger die Diebstahlsbeschuldigung gegen den Beklagten erhebt, wird dagegen in obiger Stelle überhaupt nicht gedacht. Nichtsdestoweniger kann kein Zweifel darüber obwalten, dass der Depositar oder Commodatar in die Lage gerathen konnte, sich gegen einen derartigen Vorwurf vertheidigen zu müssen, so z. B. wenn Kläger ihn sofort kampflich angesprochen hat und sich das Anefangsverfahren, wie unten näher ausgeführt werden soll, als Incidentstreit im Rahmen des peinlichen Verfahrens abspielt. Da Richtst. Landr. c. 14 diesen Fall nicht berührt, wird die Möglichkeit, dass der Besitzer im fremden Namen im technischen Sinne zur Gewähr ziehen konnte, durch die in dieser Stelle enthaltenen Bestimmungen nicht ausgeschlossen. In der That halte ich die Annahme Planck's, dass auch der Depositar und Commodatar zur Gestellung des Auctors verpflichtet war, trotz der schweren, ihr entgegenstehenden Bedenken, welche Planck selbst übrigens völlig übersehen hat, zum mindesten im Princip für richtig. Sowohl von dem Standpunkte aus, den wir einnehmen, als auch von dem, welchen Planck und Laband vertreten, ist es nemlich absolut unerfindlich, weshalb die Einrede, die intertiirte Sache von einem Dritten geliehen oder deponirt erhalten zu haben, nach dieser Richtung hin hätte anders behandelt werden sollen, als die Berufung auf Kauf oder Schenkung von einem Dritten. Insbesondere scheint für die Zeit der Volksrechte, obgleich die letztere den

hier erörterten Fall überhaupt nicht erwähnen, die Annahme unabweislich, dass auch der Deponent und Commodant zum Eintritt in das Anefangsverfahren gezwungen werden konnte und dementsprechend der Depositar resp. Commodatar zur Gestellung des Auctors verpflichtet war. Sonst hätte sich ja der Dieb durch Verleihen oder Hinterlegen der *düve* dem Anefangsverfahren vollständig entziehen und den Anspruch des Bestohlenen auf die Diebstahlsbusse illusorisch machen können. Weiter bestätigen die Bestimmungen des Richtst. Landr. in Verbindung mit der oben citirten Stelle der Blume des Sachsensp. die Ansicht Plancks wenigstens insoweit, als aus ihnen hervorgeht, dass der Deponent resp. Commodant, wenn er der Aufforderung des Anefangsbeklagten Folge leistete und die Antwort für die Sache übernahm, zweifellos ebenso gestellt war, wie der in den Process eintretende Auctor. Diesen Quellen liegt nun aber bereits die Auffassung zu Grunde, dass die Folge zum Gewähren für den Kläger eine Last ist, welcher sich derselbe lediglich im Interesse des Beklagten, um dem letzteren zur Geltendmachung seines Gewährleistungsanspruchs Gelegenheit zu geben, unterzieht. In der That war auch die Aussicht, von dem letzten Gewähren Busse und Gewette zu erhalten, — denn von der Diebstahlsbeschuldigung kann sich nach dem Sachsenspiegel auch derjenige reinigen, welchem Bruch an dem Gewähren geworden ist — kaum ein genügendes Aequivalent für die Bemühungen, welche dem Kläger durch den Gewährszug erwuchsen. Da nun in dem hier erörterten Falle auch der Beklagte weder ein eigenes Interesse an dem Behalten, noch, und darauf ist ein besonderes Gewicht zu legen, einen Erstattungsanspruch gegen den Auctor geltend zu machen hat, so ist es leicht erklärlich, dass man denselben regelmässig von der Verpflichtung, den Deponenten vorzubringen, entband. Verlangte dagegen der Anefangskläger, dass der Deponent in den Process eintrete, um sich eventuell gegen die Diebstahlsbeschuldigung zu vertheidigen, so dürfte das Verfahren sich vollständig nach den für den Gewährszug geltenden Grundsätzen gestaltet haben. Hiernach würden wir also zu folgenden Resultaten gelangen:

1. Regelmässig kündigt der Depositar resp. Commodatar seinem Contrahenten die interciatura rei lediglich zu dem Zwecke an, um ihm zur eigenen Vertheidigung der Sache Gelegenheit zu geben. Bleibt dieser in drei Terminen aus, so darf Beklagter die Sache dem Kläger herausgeben, muss aber, wenn letzterer

es verlangt, beschwören, dass ihm die Sache offenbare geliehen oder zu behalten gethan sei. Kommt der Auctor dagegen, so gestaltet sich, mag er die Behauptung des ursprünglichen Beklagten zugestehen oder in Abrede stellen, das Verfahren ebenso wie beim Gewährszuge. Beim Leugnen des angeblichen Deponenten hat Beklagter demgemäss, falls Kläger die Klage peinlich macht, sein unverholenes Halten darzuthun. Derselbe Beweis konnte vielleicht auch, wenn der behauptete Leih- oder Verwahrungsvertrag processualisch festgestellt war, behufs Widerlegung des Verdachts der Hehlerei angetreten werden. Die Norm dieser Eide war der oben zuerst erwähnten sehr ähnlich, weil in dieselbe regelmässig auch die Thatsache, dass Beklagter die Sache leihweise oder zur Verwahrung erhalten habe, aufgenommen wurde.

2. Setzte der Kläger die Klage von vorneherein peinlich an oder zog der Beklagte freiwillig zur Gewähr, so konnte auch der Deponent resp. Commodant nach denselben Grundsätzen zum Eintritt in den Process gezwungen werden, welche bei dem Verkäufer etc. massgebend sind.

Die vorstehenden Ausführungen mögen genügen, um unsere bereits früher ausgesprochene Vermuthung, dass es zum mindesten in der ältesten Zeit für die Gestaltung des Anefangsverfahrens gleichgültig war, ob der Beklagte ein eigenes Recht an der Sache geltend machte oder in fremdem Namen zu besitzen behauptete, soweit zu beglaubigen, als dieses bei der Beschaffenheit des vorhandenen Quellenmaterials möglich ist. Eine directe Bestätigung dieser Ansicht könnte in den folgenden höchst interessanten Bestimmungen gefunden werden:

> Sachsensp. III, 5 § 2. Leninge mut he ok to dem ersten wol wederbringen deme, de't gelegen hevet, of he sin hus weit, dar die klegere to jegenwarde si.

> Richtst. Landr. c. 14 § 4. Wil aver jene deme it gut gedan is sic al des untwerren sven men em erst tusprikt, so du het jeme wedder de it eme dede, dar it de cleger si, unde si los. Sprekt me aver em tume ersten tu vor gerichte, so vrage he ens ordels na deme dat it eme gedan si, oft het eme wedder geve dar it de clegere sige, oft he icht los si. Dat vintme.

Blume von Magdeburg II, 2 c. 8. Hot dyr ymant icht czu behaldin getan odir gelygin odir uorsatzt, ab daz vndir dir geansprachit wirt, tu machst iz yeme nicht wider gebin, der ansprachir in sy do keginwertig, daz erz sehe und hore, daz ers yeme wider gibt uor byderbin leuten, mit den ers uolkome, ob ers bedarf.

ibid. c. 153. . . . er mag is wol yem wider antwortin czum irstin, do der ansprochir keginwertig ist, ob ers one wandel blybin wil.

Nach diesen Vorschriften kann also der Depositar, resp. Commodatar, um sich von der eigenen Antwort zu befreien, noch einen anderen Weg, als den der Ladung seines Contrahenten betreten. Er darf nemlich entweder sofort im Anschluss an die aussergerichtliche Ansprache oder auch noch nach Beginn der gerichtlichen Verhandlung auf Grund eines diesbezüglichen Urtheils die mit Anefang belegte Sache dem Deponenten resp. Commodanten zurückgeben. Hierdurch wird er von der Klage „los" und bleibt „ohne Wandel", wenn er den Kläger zu dem Retraditionsacte zugezogen und sich Zeugenbeweis hierüber gesichert hat. Die Anordnung, dass die Aushändigung der intertiirten Sache an den Deponenten in der Art erfolgen muss, dass „es der cleger sige", erinnert nun unmittelbar an die oben besprochene Vorschrift der Lex Ribuar. 33 § 2, nach welcher der Anefangsbeklagte die cinewerdunia von dem Auctor „in praesentia testium" zurückerhalten soll „et ei, qui rem suam interciavit, probabiliter ostendat." Der Grund, aus welchem die Gegenwart des Klägers bei der Rückgabe erfordert wird, ist, wenn unsere Interpretation der letztgedachten Stelle richtig ist, in beiden Fällen der gleiche: Der Kläger soll in die Lage gesetzt werden, sofort gegen den Auctor als gegenwärtigen Inhaber der *„düve"* den Anefang zu erheben. Zieht man nun in Erwägung, dass der Depositar oder Commodatar bei der Retradition der unter ihm mit Anefang belegten Sache unzweifelhaft den Zweck verfolgt, die letztere und mit ihr die Verpflichtung zur Antwort, resp. die Gefahr, beim Misslingen seiner Vertheidigung in Strafe zu verfallen, „loszuwerden", so muss die Thatsache, dass die Lex Ribuaria das gleiche Verfahren bei der Einrede des Erwerbes durch Kauf von einem bekannten Dritten vorschreibt, allerdings als eine nicht unwesentliche Unterstützung unserer Auffassung des Gewährszuges angesehen werden.

Wenden wir uns jetzt zu den Bestimmungen der späteren Quellen, welche den regelmässigen Fall der Anwendung des Gewährszuges behandeln, so haben wir zunächst einen eigenthümlichen Sprachgebrauch zu constatiren, welcher geeignet ist, uns über die Tendenz der Vertheidigung beim Gewährszuge Aufschluss zu geben. Ebenso wie der Depositar, welcher die Sache seinem Deponenten zurückgegeben hat, stellt nemlich auch der Käufer nach erfolgtem Eintritt des Gewähren die Urtheilsfrage

„oft he tu rechte icht loz si[5])

„oft he denne icht tu rechte loz were, wus oc vort ginge“.[6])

Laband fasst diese Wendungen wohl zu eng, wenn er annimmt, Beklagter wolle sich lediglich darüber Gewissheit verschaffen, dass er durch das Anerkenntniss seines Auctors von jeder Verpflichtung zur Zahlung von Busse und Gewette entbunden sei. Vielmehr bezieht sich jenes „tu rechte loz“, wie Planck mit Recht hervorhebt, darauf, dass der Beklagte jetzt von dem Processe im Allgemeinen, also auch von der weiteren Antwort für die Sache befreit ist. Das ergiebt sich zunächst aus den Worten, die sich in Richtst. Landr. 13 § 3 an die oben citirten anschliessen:

So ga beide de clegere unde jene de is bekant vort an als hir vor gesecht is.

Diese Stelle beweist in dem Zusammenhange, in welchem sie steht, zum mindesten, dass das Urtheil, der Beklagte „si tu rechte loz“, die Bedeutung hat, dass der Process fortan nur zwischen dem Kläger und dem Gewähren schwebt. Vielleicht kann aus derselben aber sogar der Schluss gezogen werden, dass nach der Ansicht Johann von Buch's nur diese beiden Personen „weitergehen“ d. h. den nächsten Gewähren aufsuchen, während der erste Anefangsbeklagte „nach Hause geht.“ Unterstützt wird diese Erklärung durch Richtst. Landr. 14 § 6, wo zunächst angeordnet wird, dass der Kläger und der erste Anefangsbeklagte, falls letzterem an dem von ihm benannten, in einem anderen Gerichtsbezirke wohnhaften Auctor Bruch wird, vor das erste Gericht zurückkehren und dort „rechtes plegen“ sollen. Die sich

5) Richtst. Landr. 13 § 3.

6) Richtst. Landr. 14 § 6 in fin. Vergl. Brünner Schoeffenb. c. 98. Antiqua statuta dicunt sic: si de equo arrestato ille, qui occupatus est, suum statuerit venditorem, liber erit et sic de ceteris.

hieran anschliessende Vorschrift, dass der Beklagte, falls der Gewähre bekennt, „tu rechte loz“ sein soll, kann demgemäss nur den Sinn haben, dass Ersterer in diesem Falle nicht mehr vor dem Anefangsgericht zu erscheinen braucht, d. h. also von der weiteren Betheiligung an dem Processe befreit ist. Selbst wenn diese Interpretation nicht zutreffen würde, bliebe doch noch die Thatsache bestehen, dass der Anefangsbeklagte, welcher die unter ihm mit Beschlag belegte Sache im Eigenthumsbesitze hat, es als eine Befreiung betrachtet, dass er der weiteren Vertheidigung derselben überhoben ist. Diese Auffassung ist aber mit dem Zweke des Gewährszuges, dem Beklagten das Behalten der Sache zu sichern, schwer vereinbar.

Im Uebrigen ergiebt sich, wie bereits oben bemerkt wurde, auch aus den das Anefangsverfahren betreffenden Bestimmungen der späteren Quellen mit voller Sicherheit, dass der Beklagte beim Eintritt des Auctors in formal-processualischer Beziehung vollständig aus dem Processe ausscheidet. Leider finden sich auch in den Rechtsaufzeichnungen dieser Periode nur vereinzelte Stellen, welche Näheres über die practische Durchführung des Gewährszuges enthalten. Dass der Eintritt des Auctors mit der sofortigen Auflösung des über die intertiirte Sache abgeschlossenen Kaufgeschäfts verbunden gewesen sei, lässt sich zwar nicht mehr nachweisen, andererseits wird aber auch das Gegentheil mit Sicherheit nur in der folgenden Stelle vorausgesetzt:

> Rechtsb. von Mühlhausen (bei Förstemann, Mittheilungen VII p. 87). suanni die weire dan vuri kumit die sal den man guwis machi des guitis des he ungiwerit heit vor girichti alsi recht is. das guit sulin dan guiti luiti schazi alsi iz wert is vndi die man sal iz dan vndir vmi habi biz also langi bis daz he iz antuwedir mit rechti virlusit edir biheldit. Sua die werschaph endi heit sal (man) dan demi man sin guit widirgebi, die duf giclagit heit. suilich man sinin rechtin werin brengit, geit vmi daz guit abi das sal umi die man abi legi die vn zu rechti weri soldi, antwedir mit demi selbin guiti ab he iz gihabi mac edir also tuiri alsi guiti leuti sprechchin daz iz wert si.

Diese Vorschrift ist zunächst insofern eigenthümlich, als in ihr bei Festsetzung der Höhe der Entschädigung, welche der Verkäufer dem Käufer nach erfolgter Eviction zu zahlen hat, nicht

der Kaufpreis, sondern der Schätzungswerth der mit Anefang belegten Sache zu Grunde gelegt wird. Weiter wird angeordnet, dass der Gewähre, falls der Kläger obsiegt, dennoch principaliter verpflichtet sein soll, dem Beklagten die Sache selbst wiederzuverschaffen, „ab he iz gihabi mac“; das kann aber natürlich nur in der Art geschehen, dass der Gewähre seine Bemühungen anwendet, um den Kläger zur Verzichtleistung auf die Sache gegen eine Geldentschädigung zu bewegen. Darüber, dass die Tendenz der Vertheidigung auf das Behalten der Sache gerichtet ist, kann hiernach kein Zweifel obwalten; nichtsdestoweniger geht gerade aus der obigen Stelle mit besonderer Deutlichkeit hervor, dass Beklagter bei der Geltendmachung seines Interesses an der Sache lediglich auf einen obligatorischen Anspruch gegen den Gewähren angewiesen ist. Statt der sofortigen Rückzahlung des Kaufpreises leistet nemlich der die Beklagtenrolle und mit ihr die Sache zum Behalten oder Verlieren übernehmende Gewähre Caution dafür, dass er entweder die Sache oder ihren Werth dem Beklagten zurückzuerstatten werde. In der Vorschrift, dass die Verbindlichkeit des Auctors auch beim Verlust der Sache principaliter auf Gewährung dieser selbst geht, tritt übrigens die naive Anschauung hervor, dass zwischen dem Verlierer der Sache und dem gegenwärtigen, redlichen Besitzer derselben eine Collision der Rechte stattfindet. Wird diese nun auch zu Gunsten des Klägers entschieden, so erhellt auf der anderen Seite doch, dass die Vorstellung, dass an wider Willen verlorenen Sachen Niemand ein gegen den Bestohlenen wirksames Recht erwerben könne, noch nicht so tief gewurzelt ist, dass man es nicht als eine Schädigung des redlichen Drittbesitzers empfunden hätte, dass derselbe der Sache verlustig geht. Endlich verdient noch hervorgehoben zu werden, dass diese Stelle, ähnlich wie die langobardischen den Formeln Zweifel zurücklässt, ob der Beklagte nur gegen Caution für den Werth der Sache zur Herausgabe der letzteren an den Auctor gezwungen werden kann, oder ob er die Sache, auch wenn der Gewähre zur Leistung einer derartigen Caution nicht im Stande ist, in dem Processe lassen muss. Für die erstere Alternative spricht der Umstand, dass der Beklagte, welcher seinen Auctor gestellt, nach dem Mühlhauser Stadtrechte beschwören muss, dass „he sinin rechtin werin bracht habi“. Hat er diesen Eid geleistet, „so heit he den man giwert“, und der Kläger hat sich jetzt darüber zu entscheiden, ob er „daz guit andirweidi vordiri“ und

von Neuem seinen Anefang geben will. Da Beklagter hiernach von dem Diebstahlsverdachte bereits durch den gedachten Schwur befreit wird und der Anefang gegen den Auctor eine neue Klage darstellt, so ist es sehr wahrscheinlich, dass der Kläger, falls er auf der Fortsetzung des Verfahrens gegen den zahlungsunfähigen Auctor bestand, seinerseits dafür sorgen musste, dass der ursprüngliche Anefangsbeklagte genügende Sicherheit für den Werth der mit Anefang belegten Sache erhielt.

Während, wie oben bemerkt, der Richst. Landr. die Vermuthung nahelegt, dass der Anefangsbeklagte nach dem Eintritt des Gewähren „nach Hause zurückkehrt" und das Gros der übrigen Quellen keinen Aufschluss über diesen Punkt gewährt, wird in einigen anderen Stellen unzweifelhaft vorausgesetzt, dass der Anefangsbeklagte ebenso wie der Kläger von Gewähren zu Gewähren geht und also bis zur definitiven Entscheidung des Rechtsstreits den Verhandlungen beiwohnt. Hierher gehört insbesondere die folgende Stelle.

> Magdeb. Fragen I, 13, dist. 1 (Behrend p. 130). So sal ym der cleger volgen von geweren czu geweren bis czu leczt an den, der das pfert yn syme stalle ersten irczogen hat, doch nicht obir dy zehe. Unde das sal der cleger unde der antwortter dem gerichte vorgewissen, das sy volczihen, unde welchir denne vellig wirt, der sal deme andern redeliche koste gelden unde busze geben unde deme richter syn gewette von rechte.

Dass hier der Anefangsbeklagte bis zum Schlusse des Processes Partei bleibt, ergiebt sich aus der Vorschrift, dass er und der Anefangskläger dem ersten Richter Caution dafür stellen müssen, dass sie in jedem Falle zu ihm zurückkehren und den Rechtsstreit vor ihm „volcziehen" werden. Hierin liegt also eine Abweichung von der oben citirten Bestimmung des Richtst. Landr., nach welcher die Verhandlung vor dem ersten Gerichte nur unter der Voraussetzung wiederaufgenommen wird, dass dem ursprünglichen Anefangsbeklagten Bruch an dem Gewähren wird. Gleichzeitig erhellt aber auch aus dem Urtheil der Magdeburger Schöffen, dass diese Gestaltung des Anefangsverfahrens ein neues Entwicklungsstadium dieses Rechtsinstituts bezeichnet. Das Verbleiben des ursprünglichen Anefangsbeklagten im Processe hat nemlich die Folge, dass beim Siege des Klägers ihn und nicht

den letzten Gewähren die Anefangsbusse trifft. Diese Anordnung zeigt deutlich, zu welchen Consequenzen die Durchführung des Princips, dass der Anefangsbeklagte die unter ihm mit Beschlag belegte Sache behalten wolle, führen musste. Höchstwahrscheinlich ist es gerade auf diesen Umstand zurückzuführen, dass nach anderen Bestimmungen von Magdeburger Rechtsquellen in dem Falle, dass demjenigen, der zur Gewähr gezogen hat, Bruch an dem Gewähren wird, überhaupt keine Straffolge eintrat.

III. Litteratur.

Schliesslich sollen hier noch einige Aeusserungen aus der neueren Litteratur mitgetheilt werden, welche der soeben von uns entwickelten Ansicht ziemlich nahe stehen.

Zunächst erkennt v. Bethmann-Hollweg[7]) bei Behandlung des langobardischen Processes des eilften Jahrhunderts die von uns so stark betonte Thatsache, dass die Rückzahlung des Kaufpreises sofort bei dem Eintritt des Gewähren erfolgt, unumwunden an. „Wenn der Auctor gesteht, so übernimmt er gegen Erstattung des Kaufpreises die Sache selbst und stellt Bürgschaft wegen der weiteren Vertheidigung; der Beklagte aber scheidet völlig aus und kehrt in seine Heimath zurück. Die Vertheidigung des Auctors besteht dann, wie die des ursprünglichen Beklagten, entweder in der Behauptung des ursprünglichen Erwerbes des Eigenthums etc.“ Aus Bemerkungen, welche v. Bethmann-Hollweg an anderen Stellen[8]) seines Werkes macht, geht weiter hervor, dass er jene von den langobardischen Formeln bezeugte Rechtsübung ebenso wie wir für ein Product gemeingermanischer Rechtsbildung hält und annimmt, dass dieselbe insbesondere auch dem älteren langobardischen und dem ribuarischen Rechte[9]) be-

[7]) Bd. V. S. 5.

[8]) A. a. O. Bd. IV S. 47, insbes. Anm. 31, S. 386 S. 485 Anm. 30.

[9]) Auch Siegel, a. a. O., S. 254. 255, nimmt ebenso, wie wir, an, dass die Verbindlichkeit zur Erstattung des Sachwerths nach ribuarischem Rechte bereits aus dem Anerkenntnisse des Gewähren, der Verkäufer zu sein, entsteht. Er lässt daher das recipere der cinewerdunia diesem Anerkenntnisse als nächste Handlung, an welche sich erst später der Anefang gegen den zahlenden Auctor anschliesst, folgen. Gegen diese Auffassung Siegel's erklärt sich R. Loening, Vertragsbruch, S. 106, Anm. 8, welcher behauptet, es sei weder in Lex Ribuar 33 § 2 noch sonst wo bestimmt, dass der Auctor, der wirklich in den Process eintritt und zu diesem Behufe die Sache an sich nimmt, schon deswegen zur Ersatzleistung an seinen Käufer verpflichtet sei.

kannt gewesen sei. Nichtsdestoweniger ist es v. Bethmann-Hollweg nicht einmal aufgefallen, dass die definitive Auflösung des über die intertiirte Sache abgeschlossenen Kaufgeschäftes vor vollständiger Beendigung des Anefangsverfahrens die Folge haben konnte, dass der Anefangsbeklagte die Sache auch in solchen Fällen, in welchen dem Kläger überhaupt kein Recht an derselben zustand, verlor.

Andere Schriftsteller, welche bei ihren diesbezüglichen Ausführungen ausschliesslich die späteren Quellen benutzt haben, treffen wenigstens in der Auffassung mit uns zusammen, dass der Gewährszug eigentlich kein Mittel, die Sache zu behalten, ist. So sagt Laband[10]), dass die Berufung auf den Auctor lediglich den Zweck verfolge, den Beklagten von der weiteren Fortsetzung des Processes zu befreien: „übernimmt der Gewähre die Vertretung der Sache, so ist damit der Beklagte dem Kläger gegenüber völlig los; der Ausfall des Processes hat für ihn nur noch das Interesse, ob er die Sache selbst zurückerhält oder eine Schadensersatzforderung gegen seinen Auctor erlangt.“ Noch weiter geht Planck, welcher freilich die von ihm an die Spitze gestellte Ansicht über die juristische Bedeutung des Gewährszuges in seinen weiteren Ausführungen selbst widerlegt. Planck nimmt nemlich an[11]), dass der Beklagte, welcher zur Gewähr zieht, den Mangel seiner Passivlegitimation rüge d. h. die Behauptung aufstelle, er sei unrechter Beklagter. Planck muss nun aber selbst anerkennen, dass der Klage um Gut gegenüber rechter Beklagter und demgemäss zur Antwort pflichtig der Besitzer der von dem Kläger in Anspruch genommenen Sache ist.[12]) Die Bedeutung des Gewährszuges reducirt sich bei Planck in Folge dessen darauf, dass der Beklagte, falls er seinen Besitz von einer anderen Person ableitet, den Versuch machen darf, sich von der Pflicht zur eigenen Antwort dadurch zu befreien, dass er denjenigen stellt, von dem er das Gut hat, damit dieser an seiner Statt antworte. Planck hat nun allerdings bei der Erörterung des Immobiliarprocesses[13]) darzulegen gesucht, dass der Beklagte nicht unter allen Umständen zur Gewährenstellung gezwungen

[10]) A. a. O. S. 125. 126.

[11]) Vrgl. insbes. a. a. O. I S. 399. 402 ff.

[12]) A. a. O. I § 56 S. 402.

[13]) A. a. O. I § 65 S. 542 ff.

werden, sondern unter gewissen Voraussetzungen die Vertheidigung des Guts selbst übernehmen könne. Wäre diese Vermuthung zutreffend, so würde es sich doch jedenfalls nur um eine ausschliesslich bei der Klage auf unbewegliches Gut Platz greifende Ausnahme von dem allgemeinen Princip handeln. Denn für den Mobiliarprocess, insbesondere für die Anefangsklage kann auch nach den Quellen des späteren Mittelalters gar kein Zweifel darüber obwalten, dass der Beklagte, falls sein Auctor ihm bekannt ist, denselben stets gestellen muss. Ist aber der Beklagte nicht bloss berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Vertretung des von dem Kläger angesprochenen Gutes seinem Rechtsvorgänger zu überlassen, so kann der Gewährszug unmöglich als eine Befreiung, welche der Beklagte verlangen darf, aufgefasst werden. Vielmehr entsteht gerade umgekehrt die Frage, warum der Beklagte, welcher die unter ihm mit Anefang belegte Sache behalten will, genöthigt werden kann, auf jedes eigene Vertheidigungsrecht des Guts zu verzichten. Diese Frage ist zwar von Planck nicht beantwortet worden, jedoch ergiebt sich aus seiner Darstellung, dass es ihm nicht entgangen ist, dass der Gewährszug eigentlich nur für die Fälle passt, in denen der Beklagte kein eigenes Recht an der streitigen Sache behauptet. Die der römischen nominatio auctoris entsprechende Function unseres Rechtsinstituts erscheint nemlich bei Planck als die grundlegende, während in den übrigen Fällen nur noch das weitere Moment hinzutritt, dass der Beklagte durch den Sieg des Gewähren über den Kläger hoffen kann, das Gut selbst ungestört zu behalten. Diese Auffassung ist nun zwar insofern zutreffend, als das Verfahren nach erfolgtem Eintritt des Gewähren bei beiden Arten des Ziehens das gleiche, und insbesondere der Beklagte, welcher behalten will, in der That auf eine Hoffnung, einen frommen Wunsch, zu dessen Verwirklichung er nichts thun kann, verwiesen ist. Nichtsdestoweniger muss nach unseren obigen Ausführungen abweichend von Planck angenommen werden, dass die sächsischen Quellen des späteren Mittelalters gerade den Fall, dass der Beklagte einen an sich zur Erwerbung des Eigenthums geschickten Titel anführt, für die regelmässige Veranlassung zum Gewährszuge ansehen und die Gestellung des Deponenten, Commodanten etc. nur im uneigentlichen Sinne unter diesen Begriff subsumiren. Ohne vorgängige Feststellung der historischen Grundlagen des Gewährszuges dürfte daher auch auf

dem von Planck betretenen Wege schwerlich das volle Verständniss für die eigenthümliche Behandlung des derivativen Titels im germanischen Rechte gewonnen werden können. Aehnlich wie Planck erblickt übrigens auch Franken[14]) in dem Ziehen auf den Garanten einen freiwilligen Verzicht des Beklagten, welcher nach seiner Meinung sogar einen noch weitergehenden Inhalt hat, als Planck annimmt. Nach Franken liegt nemlich in der Zurückverweisung auf den Vormann die Erklärung des Beklagten, unter Vorbehalt des Regressanspruches gegen diesen Vormann dem Kläger gegenüber auf die Sache verzichten zu wollen. Also nicht bloss der eigenen Antwort für die Sache, sondern der Sache selbst, wenn auch bedingt und unter Vorbehalt, soll der Anefangsbeklagte, wenn er Erwerb der Sache von einem bekannten Dritten behauptet, entsagen. Mit dieser Ansicht sind wir von unserem Standpunkte aus vollkommen einverstanden, obgleich es uns nicht einleuchten will, wie Francken dieselbe mit seiner Grundauffassung der Anefangsklage als einer Mobiliarvindication in Einklang zu bringen vermocht hat.

Diese Aeusserungen aus der Litteratur beweisen, dass unsere Behauptung, der Gewährszug sei im Rahmen der Klage um Gut eigentlich ein durchaus zweckwidriges Vertheidigungsmittel, keineswegs völlig neu ist. Eine Lösung des unzweifelbaft vorhandenen Widerspruchs, dass der Beklagte, welcher behalten will, bedingungsweise auf die streitige Sache oder wenigstens auf die Vertretung derselben verzichten muss, ist jedoch bisher noch nicht gefunden worden. Dieses Ziel zu erreichen ist eben nur dann möglich, wenn man den Boden des Systems der vermögensrechtlichen Klagen verlässt und die Erklärung jener Eigenthümlichkeit des Gewährszuges in dem ursprünglichen strafprocessualischen Charakter dieses Instituts und der Anefangsklage im Allgemeinen sucht. Auf diesem Wege gelangt man zu einer historischen Motivirung der Uebergabe der Sache an den Gewähren „to behaldene unde to verliesene“ und gleichzeitig zu einem neuen Argument für unsere Behauptung, dass die Anefangsklage als die Grundform der Klagen um Gut anzusehen ist.

[14]) Das französische Pfandrecht im Mittelalter I. S. 311.

§ 15.

(Fortsetzung.)

III. Bei der Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten.

In dem vorhergehenden Paragraphen haben wir die Thatsache, dass das Anefangsverfahren zur Wiedererlangung gestohlener Sachen aus der Hand eines redlichen Drittbesitzers führen kann, für den Fall zu erklären versucht, dass die Beklagtenrolle in Folge des Gewährszuges schliesslich auf den Dieb übergegangen ist. Die gleiche Entscheidung über den Anspruch auf Herausgabe der mit Anefang belegten Sache greift nun aber nach der Mehrzahl der Quellen auch dann Platz, wenn Beklagter nicht zur Gewähr gezogen, sondern sich auf die Angabe beschränkt hat, er habe die Gewahrsam der Sache zwar auf redliche Weise, aber von einer ihm unbekannten Person, deren Gestellung ihm unmöglich sei, überkommen. Da auch diese Art der Vertheidigung zur Widerlegung der in dem Anefang enthaltenen Diebstahlsbeschuldigung geeignet ist und ein persönlicher Rechtsgrund, welcher den Beklagten zur Rückgabe der Sache an den Kläger verpflichtete, bei derselben nicht erhellt, so befindet sich nach Erbringung des vorschriftsmässigen Beweises für die gedachte Einrede der Rechtsstreit, vom civilrechtlichen Standpunkte aus betrachtet, in derselben Lage, als wenn der Vorbesitzer des ursprünglichen Beklagten als Gewähre gestellt worden wäre, d. h. der Inhaber der *düve* erscheint dem reipersecutorischen Anspruche des Anefangsklägers gegenüber als Dritter. Dass die intertiirte Sache trotzdem dem Bestohlenen zugesprochen und nicht vielmehr dem Beklagten belassen wird, bedarf, da in diesem Falle ein Schieben des corpus delicti nicht stattfindet, die in § 14 versuchte Erklärung für die „dingliche“ Wirkung des Anefangsverfahrens also bei der hier erörterten Complication nicht zutrifft, einer selbstständigen Begründung. Und zwar werden wir auch hier wieder das Schwergewicht auf die Frage legen müssen, ob die in den Quellen enthaltenen Entscheidungen, welche den auf die Einrede des Marktkaufes provocirenden Beklagten zur Herausgabe der intertiirten Sache ver-

pflichten, mit Nothwendigkeit ein civilrechtliches Princip voraussetzen, welches die unbeschränkte Verfolgbarkeit gestohlener Sachen in dritter Hand allgemein anerkennt. Denn darüber, dass unsere in § 14 entwickelte Ansicht über die Bedeutung des mit dem Eintritte des Auctors verbundenen Retraditionsactes nur dann aufrechterhalten werden kann, wenn wir auch die hier in Frage kommenden Quellenvorschriften ohne Zuhülfenahme rein materiellrechtlicher Erwägungen aus unserer Gesammtauffassung des Anefangsverfahrens heraus zu motiviren vermögen, kann ja ein Zweifel gar nicht aufkommen. Eine solche „strafprocessualische“ Erklärung für die civilrechtliche Behandlung der Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten aufzufinden, ist daher nicht bloss für unsere weitere Schlusssetzung, sondern auch zur Sicherstellung unserer bereits früher gewonnenen Resultate erforderlich. Bevor die Lösung dieser principiellen Frage in Angriff genommen wird, soll jedoch zunächst der wesentliche Inhalt der hierher gehörigen Quellenvorschriften in Kürze wiedergegeben werden.

I. Substantiirung und processualische Geltendmachung der Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten.

Die in den verschiedenen Quellen überlieferten Formeln für die hier erörterte Einrede weichen in Einzelnheiten erheblich von einander ab. Es lassen sich jedoch wenigstens zwei Bestandtheile nachweisen, welche überall gleichmässig wiederkehren und welche daher unzweifelhaft als die Essentialien dieses Einwandes anzusehen sind. Beklagter muss nemlich geltend machen einerseits, dass er die in seinem Besitze mit Anefang belegte Sache von einem Dritten erworben habe, und andererseits, dass er diesen Dritten nicht kenne. Die einfachste Form, in welcher die hier in Frage stehende Einrede begegnet, ist daher die folgende, welche sich in einigen Quellen des späteren Mittelalters findet:

„he hebbe dat ghekoft, he ne wete van weme.“ [1])

Die gleichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit dieser Art der Vertheidigung werden auch in Edict. Rothar. c. 232 aufgestellt:

[1]) Goslar. Statuten (Göschen) S. 99 Z. 10—13. Rechtsb. n. Distinct. IV 42 d. 7. Vrgl. Prag. iur. Theuton. § 23.

„si quis caballum emerit et auctorem ignorauerit"
„si auctorem non habuerit nec scit, de quo conparassit"

Eidesnormen, welche weniger als jene beiden soeben hervorgehobenen Behauptungen enthalten, sind ungenau gefasst und bilden daher nur scheinbar eine Ausnahme von der allgemeinen Regel. So setzen z. B. diejenigen Bestimmungen, nach welchen der Anefangsbeklagte lediglich zu beschwören hat, dass er seinen Auctor nicht kenne, als selbstverständlich voraus, dass Beklagter diesen Eid nur dann mit gutem Gewissen ableisten darf, wenn er wirklich einen Auctor hat, d. h. wenn ihm der Besitz der Sache in Wahrheit von einem Dritten übertragen worden ist. Hierher gehört:

> Lex Ribuar. 33 c. 4. Quod si responderet quod fordronem suum nesciat . . . iurare studiat, quod ad auctorem vel casa seu postim ianuae auctoris suae nesciat . . .

In gleicher Weise ist auch die in anderen Eidesformeln fehlende Hervorhebung des Umstandes, dass der Auctor, von welchem Beklagter die Sache erworben haben will, unbekannt sei, überall aus dem Zusammenhange zu ergänzen. Dieses gilt insbesondere von der Angabe, die Sache auf dem Markte gekauft zu haben, in welcher nach der Auffassung einiger Quellen die Behauptung, mit einer fremden Person contrahirt zu haben, bereits enthalten ist.

Ausser jenen beiden grundlegenden Bestandtheilen enthält die Norm das von dem Beklagten abzuleistenden Eides nach zahlreichen Quellen noch weitere Zusätze, welche zur näheren Substantiirung des diesbezüglichen Einwandes dienen. Derartige Erweiterungen der oben mitgetheilten einfachsten Fassung können dann einen verschiedenartigen Sinn haben. Entweder betreffen dieselben nemlich solche Thatsachen, aus welchen hervorgeht, dass Beklagter den Besitz der Sache in gutem Glauben erlangt hat, oder andererseits solche, durch welche die Behauptung den Auctor nicht zu kennen, einigermassen glaubhaft gemacht und motivirt wird.[2]) In der ersteren Beziehung ist zunächst hervor-

[2]) Die im Texte gemachte Unterscheidung dürfte sich übrigens schwerlich vollständig durchführen lassen. Einerseits liegt nemlich bei dem malae fidei possessor die Befürchtung nahe, dass er von dem hier erörterten Einwande zu dem Zwecke Gebrauch machen werde, um seine Complicen der

zuheben, dass die Quellen nicht bloss die Bezeichnung des Rechtsgeschäftes, auf Grund dessen Beklagter die Sache empfangen hat, verlangen, sondern weiter auch fast durchgängig als selbstverständlich voraussetzen, dass Beklagter sich auf entgeltlichen Eigenthumserwerb berufen müsse. Da einige Stellen sogar darauf Gewicht legen, ob der gezahlte Kaufpreis ein angemessener ist und aus dem wohlerworbenen Vermögen des Beklagten herrührt, erscheint die Annahme, dass die Nichterwähnung anderer zu dieser Art der Vertheidigung berechtigender Erwerbsgründe auf Zufall beruhe, als ausgeschlossen. Die Behauptung, die Sache von einem Unbekannten geschenkt erhalten zu haben, dürfte vielmehr als von vorneherein unglaubwürdig gar nicht zum Beweise gestellt worden sein, und zwar deshalb, weil dieser Vertrag ein intimeres persönliches Verhältniss zwischen den Contrahenten voraussetzt. Weiter lag bei einem Missverhältnisse zwischen Leistung und Gegenleistung der Schluss nahe, dass Beklagter die Sache wissend, dass sie eine *düve* sei, erworben oder sich gar an dem Diebstahl direct betheiligt habe. Endlich beruhen auch diejenigen Verträge, bei welchen Jemandem eine Sache nicht zu dauerndem Haben, sondern unter der Verpflichtung zur Rückgabe übergeben wird[3]), auf einem besonderen Vertrauen, welches sich regelmässig nur persönlich mit einander bekannte Personen entgegen bringen werden. Nach alledem muss es als im höchsten Grade wahrscheinlich angesehen werden, dass die Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten, obgleich sie nur dann Platz griff, wenn auch die Gestellung des bekannten Auctors zulässig gewesen wäre, doch ein viel beschränkteres Gebiet gehabt hat, als der Gewährszug. Selbst in denjenigen Quellen, welche nicht direct Kauf auf offenem Markte etc. erfordern,

Bestrafung zu entziehen. Und andererseits wird derjenige, welcher keine Erklärung dafür zu geben vermag, aus welchem Grunde er mit einem Unbekannten contrahirt habe, die Präsumtion der mala fides gegen sich habe. Sämmtliche im Texte mitgetheilten Erweiterungen der einfachsten Eidesnorm sind daher nach beiden Richtungen erheblich. Nichtsdestoweniger trifft die von uns gemachte Unterscheidung wenigstens insofern zu, als sich allerdings feststellen lässt, welches von beiden Momenten bei den einzelnen Zusätzen in dem Vordergrunde steht und in erster Linie in Betracht kommt.

[3]) Abgesehen von der Satzung, welche aber nach der hier interessirenden Richtung hin mit dem Kaufe völlig auf gleicher Stufe steht.

war diese Art der Vertheidigung voraussichtlich nur zum Schutze des regulären Tauschverkehrs, welcher das Contrahiren mit unbekannten Personen auch schon in damaliger Zeit unvermeidlich machte, bestimmt. Von diesem Standpunkte aus betrachtet, enthalten aber auch die hierher gehörigen Entscheidungen der Quellen in der That den Keim des modernen Verkehrs- und Handelsrechtes, und es kann vielleicht als der deutlichste Beweis für die Richtigkeit unserer Ansicht über den historischen Ursprung des deutschen Klagensystems angesehen werden, wenn wir finden werden, dass der Schutz, welchen das altgermanische Recht dem redlichen Erwerber einer auf den gewöhnlichen Bahnen des Güteraustausches in seine Hand gelangten Mobilien angedeihen liess, nicht auf dem Gebiete des Civilrechts, sondern auf dem des Strafrechts, resp. Strafprocesses lag. — Weiter verlangen einige Quellen von dem Beklagten die ausdrückliche Versicherung, dass er beim Ankaufe der intertiirten Sache keine Kenntniss davon gehabt habe, dass dieselbe einem Dritten durch Diebstahl oder Raub entzogen worden sei. Nach anderen Bestimmungen muss Beklagter wenigstens nachweisen, dass sich das vor ihm geltendgemachte Erwerbsgeschäft als ein offenes characterisire, und zu diesem Zwecke Ort und Zeit des Vertragsschlusses angeben. So hat Beklagter häufig zu beschwören, dass er die Sache „clara die", „bi schonimin, lichten tage", erstanden habe[4]) während hinsichtlich des Ortes in Betracht gezogen wird, ob der Kauf ausserhalb einer Stadt (z. B. „in nemoribus vel in deviis") oder innerhalb einer solchen, und in letzterem Falle, ob er auf offener Strasse oder in einem Hause stattgefunden hat.[5]) Von ganz besonderem Interesse ist diejenige Bezeichnung des Orts und der Zeit des Vertragsschlusses, bei welcher Beklagter behauptet, die mit Anefang belegte Sache auf dem „offenen, gemeinen, freyen, setten markte" entweder an einem beliebigen Tage oder speciell an einem Markttage gekauft zu haben.[6]) Diese Angabe dient jedoch in erster Linie dazu, das „auctorem ignorare" zu erklären und entschuldbar erscheinen zu

[4]) Vrgl. Magdeb.-Berl. syst. Schöffenr. III 2 c. 96. Culm III 130. Mühlhäuser Rechtsbuch (Förstemann Mittheilgn. VII. S. 87).

[5]) Vrgl. Murtner Stadtrodel (13. Jahrh.) c. 34 (Gaupp Stadtrechte II S. 158).

[6]) Vrgl. z. B. Ssp. 36 § 4. Deutschensp. (Ficker) c. 146 § 4. Schwabensp.

lassen.[7]) Der Verkehr auf dem Markte oder an einem Markttage gestattet es dem Käufer regelmässig nicht, sich über die Person seines Contrahenten so genau zu informiren, dass er denselben später als Gewähren stellen könnte. Hierin liegt die Erklärung dafür, dass gerade der Marktkauf fast in sämmtlichen Quellen, selbst in denjenigen, welche die hier erörterte Einrede sonst überhaupt nicht zulassen, eine besondere Berücksichtigung findet. Um die Frage, ob der Vertragsschluss auf einem Markte oder wenigstens nicht an einem versteckten Orte erfolgt sei, der Beurtheilung des Beklagten zu entziehen, wurde dann weiter vorgeschrieben, dass letzterer die *„stat"*, an welcher er gekauft habe, *„bewisen"* d. h. zeigen[8]) oder gar den ihm obliegenden Schwur an dieser *„stat"*[9]), innerhalb eines mit dem Schwerte in die Erde gezogenen Kreises stehend[10]), ableisten müsse. Endlich mag noch hervorgehoben werden, dass nach einzelnen Quellenvorschriften bei gewissen Klassen von Gegenständen oder bei Sachen, deren Werth eine gewisse Summe übersteigt, das Contrahiren mit unbekannten Personen nur unter ganz besonderen Umständen (z. B. während der St. Martins-Messe[11]) erlaubt war, während hinsichtlich des Handels mit anderen Mobilien eine grössere Freiheit herrschte.

Nach dem Gros der Quellen, in welchen uns die Behauptung des Erwerbes von einem Unbekannten in Verbindung mit

(Gengler) c. 268 § 4. Richtst. Landr. XIII § 5. Prager Rb. c. 186. Magdeb.-Bresl. R. v. 1261 § 44. v. 1295 § 7. Magdeb.-Bresl. syst. Schöffenr. III 2. c. 99 i. f. Culm III 127. 129. 130. 133. Burgd. Handf. v. 1316 c. 187. (Gaupp, Stadtr. II 141). Stadtrodel v. Freiburg i. Br. c. 59. Stadtr. von Colmar 1293 c. 23. Rechtsb. n. Distinct. IV 9 d. 4 Z. 41. 42. u. a.

[7]) Dies erhellt besonders deutlich aus der Fassung von Ed. Liutpr. c. 79, wo das Kaufen auf dem Markte im Eingang erwähnt ist (de eo homine, qui cavallo in mercato conparare voluerit), der eventuell vom Käufer zu leistende Eid aber einfach (simpliciter dixerit) dahin formulirt wird: „quod conparavi de Franco aut nescio de qualem hominem".

[8]) Vrgl. Ssp. II 36 § 4. Rb. n. Distinct. IV 9 d. 4 Z. 44.

[9]) „Per sacramentum publico in foro praestitum" Dattenried 23.

[10]) Prag. iur. Theuton. § 23 (Rössler I p. 189): Den Eid hat der Beklagte abzuleisten stans in circulo facto cum gladio in terra.

[11]) Vrgl. leges Edwardi Confessoris c. 39 (Schmid Ges. d. Angelsachsen S. 519).

den soeben besprochenen Zusätzen (insbesondere in der Form der Einrede des Marktkaufes) überliefert wird, gelangt der Anefangsbeklagte, welcher seinen Gewähren nicht gestellen kann, nur dann zum Reinigungsbeweise, wenn er die Substantiirung seines Einwandes und die Eidesleistung auf sämmtliche in den einzelnen Quellen hervorgehobene thatsächliche Momente richtet. Die hier erörterte Art der Vertheidigung greift also nicht einmal auf dem Gebiete, für welches sie eigens geschaffen worden ist, d. h. bei der Berufung auf käuflichen Erwerb in dem gleichen Umfange Platz, wie der Gewährszug. Nach der Mehrzahl der germanischen Rechtsaufzeichnungen bleibt vielmehr eine ganze Reihe von Fällen übrig, in welchen derjenige, welcher die *düve* von einem Unbekannten erstanden hat, die Diebstahlsbeschuldigung entweder überhaupt nicht oder wenigstens nicht mittelst des hier in Frage stehenden Einwandes widerlegen darf. Dieser Umstand verdient schon deshalb besonders hervorgehoben zu werden, weil er bereits für sich allein geeignet ist, die auch aus anderen Momenten erhellende subsidiäre Natur der Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten klarzustellen. Nur in vereinzelten Quellenbestimmungen, in welchen sich die oben mitgetheilten Zusätze vorfinden, bilden dieselben nicht eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der diesbezüglichen Beweisführung des Beklagten, sondern ein Mittel, um die rechtliche Wirkung der letzteren zu verstärken. So lassen verschiedene Rechtsaufzeichnungen, nach welchen die Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten an sich nur zur Widerlegung der Diebstahlsbeschuldigung führt, den Beklagten, welcher sich auf Marktkauf beruft, die intertiirte Sache entweder gänzlich behalten oder wenigstens nur gegen Lösung herausgeben. Das Nähere hierüber wird unten sub IV mitgetheilt werden.

Was endlich die processualische Geltendmachung des hier erörterten Einwandes betrifft, so verlangt die Lex Ribuaria, dass Beklagter denselben „in ipsa hora, quando res interciatur" geltend mache und gleichzeitig (in praesente) mittelst fides facta verspreche, nach Ablauf von 14 Nächten den vorschriftsmässigen Beweis für seine Behauptung zu erbringen. Eine derartige Anordnung war, wie bereits früher bemerkt worden ist, für das ribuarische Recht schon deshalb nothwendig, weil nach diesem Volksrechte auch die Benennung des bekannten Gewähren in unmittelbarem Anschlusse an den Anefang erfolgen musste. Die

besondere Betonung jenes Erfordernisses dürfte jedoch daraus zu erklären sein, dass die Behauptung, den Auctor nicht zu kennen, wenn Beklagter sie nicht sofort vorbrachte, nicht bloss als verspätet, sondern auch als von vorneherein unglaubwürdig behandelt wurde. Nach sämmtlichen übrigen Quellen braucht Beklagter die hier erörterte Einrede erst in dem gerichtlichen Verhandlungstermine bei seiner Antwort auf die gegen ihn erhobene Klage geltend zu machen. Die ratio, welche der Bestimmung des ribuarischen Rechtes zu Grunde liegt, tritt jedoch auch in den letztgedachten Vorschriften insofern zu Tage, als Beklagter auf diese Art der Vertheidigung fast überall nur in dem gleichen Zeitpunkte provociren darf, in welchem er seinen Auctor, falls ihm derselbe bekannt wäre, benennen müsste. Daraus, dass Beklagter sich sofort darüber zu erklären hat, ob er seinen Auctor gestellen könne oder nicht, folgt dann weiter, dass er nicht etwa mit dem Vorbehalte zur Gewähr ziehen kann, für den Fall, dass ihm Bruch an dem Gewähren werden sollte, auf die Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten zurückgreifen zu dürfen. Vielmehr gelangt Beklagter, obgleich er sich nach zahlreichen Quellen trotz der Nichtgestellung des Auctors von der Diebstahlsbeschuldigung reinigen darf, doch nur nach ganz vereinzelten Vorschriften zur nachträglichen Erbringung des hier in Frage stehenden Beweises.

II. Beweis der Einrede.

Nach ribuarischem Rechte[12]) hat Beklagter die Behauptung „quod ad auctorem vel casa seu postim ianuae auctoris nesciat“, durch ein „sacramentum sibi septima mano“ d. h. durch einen Eid mit 6 Eideshelfern zu erhärten. Das Gros der Quellen[13]) erklärt dagegen den Eineid des Beklagten für genügend, während

[12]) L. Rib. 33 § 4.

[13]) Vrgl. Ed. Roth. c. 232. Ssp. II 36 § 4. Schwabensp. (Gengler) c. 268 § 4. Rb. nach Distinct. IV 9 d. 4. Z. 41—46 IV 12 d. 7. Burgd. Handf. a. 1316 c. 187. Richtst. Landr. XIII § 5. Magdeb.-Bresl. Syst. Schöffenr. III c. 96. Culm III 130. Stadtrodel v. Freiburg i. Br. c. 59. Brem. Statuten v. 1303 c. 74. Hamb. Stadtr. v. 1270 XII Art. 5; v. 1292 P. 5; v. 1497 O. XIIII. Prag. iur. Theuton. § 23 (Rössler I p. 189). Dattenried 23. (Gaupp, Stadtr. II. S. 180.) Colmar v. 1293 c. 23.

nach einer dritten Version Zeugenbeweis erforderlich ist. So bestimmt z. B. das Edict. Liutprand. c. 79 unter Abänderung von Edict. Rothar. c. 232:

> De eo homine, qui cavallo in mercato conparare voluerit, ut ante duos aut tres homines eum emere deveat, nam non segrete; et si aliquis postea ipsum cavallum cognoverit, habeat testimonia, in cuius praesentia conparavit et ei postea furti calomnia non fiat Et si homenis non habuerit, in quorum presentia conparavit, nisi simpliciter dixerit: „quod conparavi de Franco aut nescio de qualem hominem", conponat ipsum cavallum pro furtum.

In ähnlicher Art schreibt auch die Lex Visigothorum[14]) vor, dass derjenige, welcher ein Kaufgeschäft mit einem Unbekannten abschliessen will, einen „fideiussor, cui credi possit" zuziehen müsse, „ut excusatio ignorantiae anferatur". Nichtsdestoweniger gestattet der Fortgang der Stelle, dass Beklagter:

> approbet se aut sacramento aut testibus innocentem quod eum furem nescierit,

während die Lex Baiuvariorum, welche diese Stelle aus der westgothischen Antiqua übernommen hat, Beweis „cum sacramento et testibus" verlangt. Auch in einigen Quellen des späteren Mittelalters wird Beweis mit Zeugen oder mit der „stat breue dar dat gud gekoft was", vorgeschrieben, und zwar werden als Zeugen hauptsächlich die Leikaufsleute und bei Fremden „der werd" oder der „kumpane" erwähnt.

Nur mit wenigen Worten sollen endlich die hierher gehörigen Vorschriften der angelsächsischen Gesetze[15]), welche von denen der festländischen Rechte nicht unerheblich abweichen, berührt werden. In Uebereinstimmung mit den nordischen Rechten, welche bei gewissen Gegenständen ausschliesslich die Veräusserung mit „*vin ok vitne*" (d. h. den Verkauf unter Zuziehung von Zeugen und eines Mittelsmannes, welcher letztere den Abschluss des Vertrages zu leiten, die vertragschliessenden Worte zu sprechen

[14]) L. Visig. VII, 2, 8.

[15]) Die einzelnen Stellen sind bei Schmid a. a. O. S. 619 s. v. Käufe angeführt.

und dann für die formelle und materielle Richtigkeit der Uebertragung und Erwerbung einzustehen hat) zulassen, verlangen nemlich auch die angelsächsischen Gesetze die vollkommenste Publicität bei dem Handel mit Mobilien. Käufe sollten daher[16]) in der Regel nur an den gewöhnlichen Marktorten unter Zuziehung mehrerer glaubwürdiger Zeugen oder eines dem nordischen *„vin“* entsprechenden Bürgen oder endlich einer öffentlichen Urkundsperson (z. B. des Gerefa oder des Priesters) abgeschlossen werden. Bei Nichtbeachtung dieser Vorschriften wurde die gekaufte Sache von dem Grundherrn oder dem zuständigen öffentlichen Beamten in Verwahrung genommen, während den Ersteher, auch wenn er sich von dem Verdachte, die Sache gestohlen oder bei dem etwa von einem Dritten begangenen Diebstahl mitgewirkt zu haben, reinigte, wegen Ungehorsams gegen den König in Wette verfiel. Legitimirte sich Jemand als Bestohlener, so konnte er die Herausgabe der ohne Zeugenschaft oder Bürgschaft gekauften Sache und ausserdem Ersatz ihres nochmaligen Werthes verlangen, während er sich auf den Gewährszug in diesem Falle überhaupt nicht einzulassen brauchte. König Edgar ging sogar noch weiter. Er verordnete, dass in jeder Ortschaft eine bestimmte Anzahl von Personen ein für alle Mal als Zeugen beeidigt werden und zwei oder drei von ihnen bei jedem Kaufgeschäfte zugezogen werden sollten. Wer ausserhalb seines Wohnsitzes einen Kauf abschliessen wollte, musste hiervon, wenn möglich, bereits vorher, spätestens aber, wenn das von ihm erstandene Thier auf die Weide gebracht werden sollte, seinen Nachbarn Anzeige machen und zwar zur Vermeidung der Confiscation des Viehs. Gab er fälschlich an, das letztere mit Zeugenschaft gekauft zu haben, so wurde er als Dieb bestraft. Alle diese Vorschriften verfolgen, wie Edgar selbst hervorhebt, den Zweck, dass der Arme und der Reiche das besitzen möge, was sie rechtmässig erworben, und der Dieb nicht wisse, wo er das Gestohlene unterbringe, wenn er auch etwas stiehlt.

Den festländischen Rechten ist nun eine derartige Organisation des Mobiliarverkehrs fremd geblieben, obgleich auch in ihnen das Verbot, mit unbekannten Personen zu contrahiren, ausgesprochen wird. Nichtsdestoweniger haben die soeben skizzirten Vorschriften der angelsächsischen Gesetze schon deshalb

[16]) Hloth u. Eadr. c. 16. Ine 25. Aelfr.-Guthr. 4. Edward 1.

ein allgemeines Interesse, weil sie uns mit voller Deutlichkeit erkennen lassen, welchen Standpunkt naturgemäss das mittelalterliche Recht dem hier erörterten Einwande gegenüber einnehmen musste. Der „grosse Unbekannte" ist ja auch noch in dem modernen Rechtsleben eine den Criminalgerichten leider nur zu sehr bekannte Persönlichkeit, auf dessen Gewährschaft insbesondere ergraute Diebe mit Vorliebe provociren. Auch heute noch wird die Behauptung, eine nachweislich gestohlene Sache von einem Unbekannten erstanden zu haben, in den weitaus zahlreichsten Fällen als unglaubwürdig angesehen und unberücksichtigt gelassen werden. Sollte nun das Mittelalter, in welchem der Güteraustausch eine viel geringere Bedeutung hatte und der reguläre Verkehr auf ziemlich enge Grenzen beschränkt war, diesem Einwande grösseres Vertrauen entgegengebracht haben, als die heutige gerichtliche Praxis? Gewiss nicht, vielmehr kann es als selbstverständlich angesehen werden, dass man in damaliger Zeit die Angabe des Anefangsbeklagten, einen Auctor zu haben, denselben aber nicht zu kennen, nur in Ausnahmefällen nicht als Ausflucht betrachtete. Nichtsdestoweniger musste zum mindesten die Möglichkeit zugegeben werden, dass ein unbescholtener Mann, welcher eine *düve* ohne Zuziehung von Zeugen von einem Unbekannten erworben hatte, dabei vollständig in gutem Glauben gehandelt haben konnte. So sagt z. B. das Brünner Schoeffenbuch[17]) in recht drastischer Art:

> Casualiter enim ipse judex vel unus juratorum vaccam in foro publice posset emere, pro qua tamen, si postea impeteretur, nec testimonium habere, nec venditorem statuere posset, et constat, quod pro eo suspendio tradi non deberet.

Bei Berücksichtigung solcher besonders gearteten Fälle, weiter aber auch in Hinblick auf die Gepflogenheiten des Marktverkehrs im Allgemeinen hätte die vollständige Ausschliessung des hier erörterten Einwandes als eine Härte und Unbilligkeit empfunden werden müssen, von welcher unter Umständen durchaus ehrenwerthe Persönlichkeiten betroffen worden wären. In Folge dessen sah sich das mittelalterliche Recht, welches bereits wegen seiner formalen Beweistheorie genöthigt war, diesen Punkt durch objective Normen zu regeln, vor die Alternative gestellt, entweder

[17]) C. 551 (Rössler Bd. II. S. 260).

den Handel mit Mobilien durch Präventivvorschriften einzuschnüren und zu beengen, oder aber die Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten unter bestimmten Voraussetzungen eventuell auch ohne Zeugenbeweis zuzulassen. In dem nordischen und angelsächsischen Recht, insbesondere in den Gesetzen König Edgar's ist der erstere Weg betreten worden, während das Gros der südgermanischen, speciell der deutschen Quellen in diesem Fall die Widerlegung der Diebstahlsbeschuldigung mittelst Eineides für ausreichend erklärte. Hieraus darf aber nicht gefolgert werden, dass die letztgedachten Rechtsaufzeichnungen diese Art der Vertheidigung als eine besonders empfehlenswerthe, welche auch über ihren nächsten Zweck (die Reinigung von dem Diebstahlsverdachte) hinaus Berücksichtigung verdiene, betrachtet haben. Die Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten nahm vielmehr auch noch in späterer Zeit eine Ausnahmestellung ein; sie behielt den Charakter einer das jus strictum, welches unbedingt Gestellung des Auctors verlangte, mildernden Rechtswohlthat.

III. Wirkung der Einrede gegenüber dem strafrechtlichen Inhalte der Anefangsklage.

Die Erbringung des vorschriftsmässigen Beweises für die Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten zieht die Wirkung nach sich, dass der Anefangsbeklagte von der Diebstahlsbeschuldigung freigesprochen wird. Auch noch die späteren Quellen, nach welchen die Diebstahlsstrafe regelmässig nicht mehr im Rahmen des Anefangsprocesses, sondern in einem demselben nachfolgenden peinlichen Verfahren verhängt wird, heben ausdrücklich hervor, dass der Anefangsbeklagte, welcher Marktkauf dargethan hat, „*düve unscüldich is.*“[18]). In anderen Rechtsaufzeichnungen wird ausserdem direct ausgesprochen, dass Beklagter in diesem Falle nicht bloss von der peinlichen Diebstahlsstrafe, sondern auch von Busse und Wette frei bleibt.[19]) Eine Be-

[18]) Ssp. II. 36 § 4. Deutschsp. (Ficker) c. 146 § 4. Schwsp. (Gengler) c. 268 § 4. Rb. n. Distinct. IV 9 dist. 4 Z. 43. Prager Rechtsbuch c. 186. Hamb. Stadtr. v. 1270 XII Art. 5; v. 1292 P. V; v. 1497 O. XIIII. Bremer Stat. 1303 c. 74.

[19]) Goslar. Stat. S. 99 Z. 11. 12. Magdeb.-Bresl. St. v. 1261 § 44; v. 1295 § 7. Magdeb.-Bresl. syst. Schöffenr. III 2 c. 99 in fin. c. 96. Culm III 127. 129. 130. 133. Rb. nach Distinct. IV 42 d. 7. Magdeb. Görl. R. v. 1304 Art. 47 in fin. Glog. Rbuch. c. 420.

strafung desjenigen, welcher Erwerb von einem Unbekannten dargethan hatte, konnte daher nur dann eintreten, wenn er das Geschäft unter solchen Umständen abgeschlossen hatte, welche die Annahme, dass er sich in mala fides befunden habe, unabweislich erscheinen liessen, und nach particularrechtlichen Vorschriften trotzdem zum Nachweise seines Besitztitels zugelassen wurde. In diesem Falle trifft ihn jedoch nicht die Strafe des Diebstahls, sondern die des wissentlichen Ankaufs gestohlener Sachen.

Konnte Beklagter den von ihm angetretenen Beweis nicht erbringen, so wurde er als Dieb angesehen und zur Zahlung der compositio furti, sowie zur Herausgabe der intertiirten Sache verurtheilt. Welche rechtlichen Folgen nach den Quellen des späteren Mittelalters in diesem Falle eintraten, kann erst unten im zweiten Abschnitte untersucht werden.

IV. Wirkung der Einrede hinsichtlich des Anspruchs auf die Herausgabe der Sache.

Hiermit kommen wir auf die Frage zurück, welche bereits im Eingange dieses Paragraphen berührt wurde und um derentwillen wir die von dem Marktkaufe handelnden Bestimmungen einer eingehenderen Erörterung unterzogen haben. Die in der Anmerkung zusammengestellten Quellencitate[20]) bestätigen den oben (S. 316) ausgesprochenen und übrigens auch unbestritten feststehenden Rechtssatz, dass der Nachweis derivativen Erwerbes von einer Person, welche Beklagter nicht als Gewähren benennen kann, dem reipersecutorischen Anspruche des Anefangsklägers gegenüber regelmässig wirkungslos ist. Im Verhältniss zu dem massenhaften Quellenmaterial, in welchem dieses Princip ausgesprochen wird, ist die Zahl derjenigen Bestimmungen, nach welchen Beklagter in dem gleichen Falle die Sache behalten darf oder nur gegen Lösung herauszugeben braucht, verschwindend klein. Und da weiter die Vorschriften, welche die dem Beklagten

[20]) L. Rib. 33 c. 4 ed. Roth. c. 232. Ssp. II. 36 § 4. Deutschensp. c. 146 § 4. Schwabensp. c. 268 § 4. Prag. Rb. c. 186. Rb. n. Distinct. IV. 9 d. 4 Z. 41—46. IV. 42 d. 7. Gosl. Stat. S. 99 Z. 10—13. Richtst. Landr. XIII § 5. Bremer Stat. v. 1303 c. 74. Culm III 127. 129. 130. 133. Hamb. v. 1270 Art. XII 5 v. 1292 P. V; v. 1497 O. XIIII. Magdeb.-Bresl. R. von 1261 § 44. Magdeb.-Bresl. R. v. 1295 § 7. Magdeb.-Bresl. System. Schöffenr. III 2 c. 96. 99 i. f. Magdeb. Görl. R. v. 1304 Art. 47 i. f. Burgd. Handf. 1316 c. 187.

ungünstigere Behandlung der hier erörterten Einrede anordnen, aus den verschiedensten Zeiten und Rechtsgebieten herrühren, so kann kaum ein Zweifel darüber obwalten, dass die unbeschränkte Verfolgbarkeit gestohlener Sachen in der Hand des Marktkäufers gemeingermanischen Rechtes war.

Diese unzweifelhaft feststehende Thatsache schliesst nun aber keineswegs, wie auf den ersten Blick angenommen werden könnte, die in dem vorigen Paragraphen entwickelte Ansicht aus, nach welcher die Wiedererlangung der Sache in dem Anefangsprocess von einem Dritten, der seine Unschuld an dem Diebstahl dargethan hat, eine Folge des Gewährszuges bildet. So verschieden nemlich auch in den Quellen die Einrede des Erwerbs von einem Dritten behandelt wird, je nachdem dieser Dritte bekannt oder unbekannt ist, so kann doch gar kein Zweifel darüber obwalten, dass in beiden Fällen der Vertheidigung des Beklagten die gleiche rechtlich erhebliche Behauptung zu Grunde liegt. Hieraus könnte freilich gerade ein Argument gegen uns hergeleitet und gefolgert werden, dass Nachweis eines derivativen Erwerbsgrundes in keinem Falle dem dinglichen resp. gegen jeden Dritten zulässigen Anspruche des Anefangsklägers gegenüber ausreicht. In Wahrheit ist aber die materielle Identität der beiden Einreden des Erwerbs von einem Dritten für das Verständniss des germanischen Rechts in anderer Beziehung von Bedeutung. Das Princip des germanischen Rechts lautet nemlich nicht, wie man durchgängig anzunehmen geneigt ist, „wer seine Sache von einem ihm bekannten Dritten gekauft hat, ist verpflichtet, seinen Gewähren zu gestellen“, sondern ganz allgemein „wer eine Sache von einem Dritten erworben hat, muss diesen Dritten gestellen.“ Mit anderen Worten: Es ist eine Verpflichtung des Käufers etc., seinen Gewähren zu kennen, damit er denselben eventuell im Anefangsverfahren zum Eintritt in den Process nöthigen könne. Hieraus ergiebt sich dann aber, dass der Anefangsbeklagte principiell in allen Fällen des Erwerbs von einem Dritten zum Gewährszuge verpflichtet wäre, und dass er, wenn er zum Beweise, die Sache von einem Unbekannten empfangen zu haben, zugelassen wird, bereits eine ihm eigentlich obliegende Verpflichtung nicht erfüllt. Die Richtigkeit dieser Sätze ergiebt sich aus den oben[21]) citirten Vorschriften, in welchen ausdrücklich der Kauf

[21]) S. oben S. 324 f.

von unbekannten Personen verboten und Anordnungen getroffen werden, welche ihn verhindern sollen.

Es ist nun oben gleichzeitig dargethan worden, dass man die Einrede des Kaufs vom Unbekannten als Vertheidigungsmittel gegen die in der Klage enthaltene Diebstahlsbeschuldigung nur zögernd zuliess und Garantieen verlangte, welche den Missbrauch derselben ausschliessen sollten. Schon hieraus ergiebt sich, dass der dem Beklagten in diesem Falle nachgelassene Beweis des redlichen Erwerbs eine Ausnahmestellung im Rahmen der Anefangsklage einnahm. Der hier besprochene Einwand hat eben niemals die Bedeutung eines selbstständigen Vertheidigungsmittels gehabt, sondern immer nur als ein Surrogat des Gewährszuges gedient. War es nun aber wirklich schon eine Vergünstigung und eine milde Rücksichtnahme, dass der Anefangsbeklagte, der seinen Gewähren nicht kannte, sich von der Diebstahlsbeschuldigung reinigen durfte, so ist es andererseits bei der Würdigung, welche dieser Einwand im altgermanischen Rechte fand, selbstverständlich, dass man in Folge dieser Abweichung von der strengen Rechtsconsequenz dem Kläger zum mindesten keinen positiven Schaden zufügen und dem Beklagten keinen weiteren Vortheil gewähren wollte. Dieses zu vermeiden, wäre schon erforderlich gewesen, um nicht einen weiteren Missbrauch dieser Einrede nahezulegen und um zu verhindern, dass der Anefangsbeklagte lieber angab, seinen Vormann nicht zu kennen, als denselben zu gestellen. Eine derartige bewusste Tendenz braucht aber gar nicht angenommen zu werden, da die Entscheidung des germanischen Rechts über den Anspruch auf Herausgabe der Sache bei der Einrede des Marktkaufs ohnehin nur ein Postulat der Logik und der Gerechtigkeit erfüllt. Würde nemlich der Beklagte seinen Gewähren gestellt haben, so würde, falls die klägerische Behauptung des dieblichen Verlustes richtig, das Anefangsverfahren seinem Resultate nach dazu geführt haben, dass der Kläger die geanefangte Sache von dem Diebe wiedererhielt, gleichgiltig, auf welche Gründe dieses Resultat zurückzuführen wäre. Dass das gleiche Resultat nicht erzielt wird, wenn der Anefangsbeklagte Marktkauf nachweist, ist eine Folge davon, dass dieser eine seiner processualischen Pflichten, die Gestellung des Gewähren nicht zu erfüllen in der Lage ist. Wollte sich also das Recht hier auf den unserer modernen Anschauung nach consequenten Standpunkt stellen und den Beklagten auch

von der Verpflichtung zur Herausgabe der Sache deshalb befreien, weil er durch Widerlegung der Diebstahlsbeschuldigung das Nichtvorhandensein einer persönlichen Verpflichtung dargethan hat, so würde dem Beklagten gerade durch seine Versäumniss das Behalten der geanefangten Sache gesichert werden. Ob dieses nach dem früher Ausgeführten als ein wirklicher Vortheil des Beklagten anzusehen ist, kann dahingestellt bleiben. Für den Kläger hätte aber eine derartige Entscheidung unbedingt einen Nachtheil herbeigeführt, weil er nicht bloss, worauf unserer Ansicht nach weniger Gewicht zu legen ist, von der Wiedererlangung der Sache selbst, sondern auch an der Geltendmachung seiner Ersatzforderung regelmässig gehindert worden wäre. Denn da der eigentliche Dieb dem Kläger unbekannt ist und nur durch den Gewährszug ermittelt werden kann, da selbst, wenn der Dieb bekannt ist, die gegen ihn gerichtete schlichte Diebstahlsklage durch unsubstantiirte Klagverneinung zurückgewiesen werden kann, so ist der persönliche Anspruch, welcher ja dem Bestohlenen unter allen Umständen verbleiben würde, thatsächlich illusorisch. Die Folge würde also sein, dass Kläger, wenn Beklagter die Einrede des Marktkaufs mit Erfolg geltend macht, thatsächlich das ihm durch den Diebstahl entzogene Vermögensobject sowohl in natura, wie dem Werthe nach verlieren würde. Und hier erfordert es nicht bloss die Billigkeit, sondern geradezu die Consequenz des germanischen Rechts, dass, wenn der Beklagte schon in Folge einer Ausnahmebestimmung von der Diebstahlsbusse befreit wurde — hierin liegt gewissermassen das lucrum cessans des Klägers — dieser letztere wenigstens vor einem damnum emergens bewahrt blieb. Dieses damnum emergens besteht aber in dem Verlust der Sache, welche wegen des mangelnden Gegenbeweises seitens des Beklagten processualisch als die dem Kläger gestohlene gilt und von welcher daher angenommen wird, dass Kläger sie bei Fortsetzung des Gewährszuges wiedererlangt hätte. Gleichgültig ist es dabei, ob dem Beklagten eine Schuld dabei zur Last fällt, dass der Gewährszug bei ihm abreisst: Er haftet dem strengen Princip des germanischen Rechts gemäss unbedingt für die Erfüllung seiner processualischen Pflichten und muss daher auch unter allen Umständen den aus der Nichterfüllung derselben entstehenden Schaden tragen.

Dass dem Anspruch auf Herausgabe der Sache bei der Ein-

rede des Marktkaufs in Wahrheit das soeben entwickelte Princip zu Grunde liegt, lässt sich nun aus den Quellen meiner Meinung nach in überzeugender Weise darthun. Es soll kein besonderes Gewicht darauf gelegt werden, dass wenigstens in einem einer ziemlich späten Zeit angehörigen Schöffenspruche die von uns behauptete ratio decidendi mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen wird, obgleich es immerhin bemerkenswerth ist, dass man noch in einer so späten Zeit sich über die wahren Motive eines dem Rechtsbewusstsein so fest eingeprägten Satzes klar war. Ein Iglauer Schöffenspruch[22]) lautet:

> Si homini arrestatur equus aliquis per alium et talis dicat, se equum eundem in publico foro emisse, obligans se probaturum per testes honestos, dictos in wlgari leykaufleut, empcionem eandem, per testimonium tale tantum vitam conservat et notam furti et spolii euadit, equum autem optinere non potest, sed praesentabitur arrestatori, quicumque enim equus alicui arrestatur, et ipsum optinere debet, oportet de rigore iuris quod eum ad alium, qui wlgariter schub dicitur, deducat; alioquin equum perdat.

Also nicht, weil dem Bestohlenen ein dingliches Recht an der ihm entzogenen Sache zusteht oder weil wider Willen abhandengekommene Sachen contra quemcumque possidentem verfolgbar sind, sondern weil der Beklagte nicht dem strengen Rechte durch Gestellung des Gewähren genügt hat, wird er zur Herausgabe der Sache verurtheilt. Für die Iglauer Schöffen war dieser Satz also noch keineswegs so selbstverständlich, wie heute allgemein angenommen wird. Aus den Volksrechten lässt sich ferner wenigstens das Vorhandensein der Anschauung nachweisen, dass für die Entscheidung über den Anspruch auf Herausgabe der Sache im Falle der Nichtgestellung des Gewähren die Frage, welche von den Parteien den Schaden tragen solle, massgebend ist. Lex Visig. VII 2, 8 enthält folgende Bestimmung:

> Si de fure quis nesciens comparaverit. Universam rem nulli ingenuo liceat de incognito homine comparare, nisi certe fideiussorem adhibeat cui credi possit, ut excusatio ignorantiae auferatur. Quod si aliter fecerit, qui comparaverit, a iudice districtus auctorem praesentet infra tem-

[22]) Nr. 120 (Tomaschek, Der Oberhof Iglau S. 85).

pus a iudice constitutum Quem si non potuerit invenire, approbet se aut sacramento aut testibus innocentem, quod eum furem nescierit: et quod apud eum agnoscitur, accepta precii medietate restituat. Atque ambo datis invicem sacramentis promittant, quod furem fideliter quaerant. Quod si omnino fur inveniri nequiverit, rem tantum, quae empta est, domino rei emptor ex integritate reformet. Si vero dominus rei furem noverit, et eum publicare noluerit, rem ex toto amittat, quam emptor quiete possideat. Haec et de servis forma servetur.

Diese Bestimmungen stammen allerdings aus einer nicht völlig lauteren Quelle, sie sind indessen unter keinen Umständen aus dem fremden Rechte geschöpft, sondern höchstens den „ersonnenen“ Rechtssätzen der Lex Visigothorum beizuzählen. Es ist aber nicht einmal völlig sicher, ob wir in ihnen nicht rein germanisches, wenn auch particuläres Gewohnheitsrecht vor uns haben, da sowohl die Aehnlichkeit mit dem Einlösungsrecht naheliegt, als auch eine fast gleichlautende Bestimmung aus späterer Zeit angeführt werden kann. Es ist dies Art. 18 des älteren Schleswiger Stadtrechts[23]):

Item si quis rem sibi furtiue ablatam recognouerit, sub fideiussione ponat usque ad placitum, postea duobus testibus productis iuret manu duodecima, rem illam sibi furtiue fuisse ablatam et ibi eam primitus cognouisse. Defensor uero illius rei de furto se excusans, duobus testibus productis iuret sexta manu, se forensi emptione rem illam emisse nec se furem cognouisse nec furti conscium exstitisse. Deinde eadem manu sexta iuret pro quanto emerit et de precio dimidium accipiat.

Das Schleswigsche Stadtrecht enthält freilich auch an anderen Stellen auffallende Anklänge an die Lex Baiuvariorum, welche die oben angeführte Stelle der Lex Visigothorum aufgenommen hat[24]); indessen wäre es immerhin gewagt, ein Entlehnungsverhältniss zwischen zwei einander so fern liegenden Quellen anzunehmen. Endlich verdient hier auch noch folgende Stelle erwähnt zu werden, aus welcher recht deutlich hervorgeht, dass die Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten in dem altgermani-

[23]) Vgl. damit Art. 26 des jüngeren Stadtr.

[24]) Vgl. L. Baiuvar. IX 7 (Mon. Germ. hist. leg. III p. 304).

schen Rechte nicht als ein selbstständiges, neben dem Gewährszug stehendes Vertheidigungsmittel, sondern lediglich als ein Surrogat des Gewährszuges aufgefasst wurde. In dem bereits oft citirten c. 232 des Edictus Rotharis enthält nemlich der Eid des Anefangsbeklagten ausser seinem assertorischen Theile auch noch den promissorischen Zusatz „si quoquo tempore auctorem invenerit, non negare". Ueber den Zweck dieses Versprechens belehrt uns dann der Schlusspassus der Stelle, welcher lautet:

> ille autem qui se proprio domino dicit esse, sub tali titulo eum (sc. caballum) tollat, ut si cognitum fuerit, quod malo ordine vindicassit, et alter certus auctor venerit, qui suum ficerit, ipse caballus sibi nonus ei reddatur.

Das langobardische Recht setzt hier also die Möglichkeit voraus, dass dem Rechtsstreit, nachdem Beklagter Marktkauf beschworen hat und Kläger die Sache zugesprochen erhalten hat, noch ein Nachspiel folgt. Und zwar ergiebt sich aus dem Gesammtinhalt der Stelle, wie auch der ihr angehängten Formel, dass dieses Nachverfahren in einer Fortsetzung des Anefangsprocesses besteht, indem nemlich Beklagter nachträglich den von ihm aufgefundenen Gewähren gestellt und dann von diesem oder einem seiner Vormänner der Nachweis der mangelnden Identität der geanefangten Sache geführt wird. Die Aushändigung der letzteren an den Kläger ist also nach der Auffassung des Edictus Rotharis keine definitive, sondern nur eine vorläufige und zwar deshalb, weil auch der Beweis für den redlichen Erwerb aus dritter Hand nur als ein interimistischer angesehen wird. Dieser Beweis vertheilt nur den Gewährszug und muss, sobald als thunlich ist, wieder durch diesen ersetzt werden. Die Fortsetzung des Anefangsverfahrens dient also, wie das eidliche Versprechen des Beklagten ergiebt, zunächst dem Interesse des Klägers, dem Rechte des Letzteren auf Gestellung des Gewähren entspricht aber auch die Pflicht eventuell die Sache zu gestellen. Und hierdurch wird nun die gegen den Beklagten gerichtete Entscheidung, welche ihm durch die Verurtheilung zur Herausgabe der Sache den Schaden auferlegt, bedeutend gemildert, da ihm nicht bloss die Möglichkeit, den vollen Gegenbeweis gegen den Klagevortrag zu führen, sondern auch die Geltendmachung seines Gewährleistungsanspruchs, welche ausserhalb des Anefangsverfahrens illusorisch bleibt, offen gelassen wird.

Schon aus den hier aufgeführten Stellen geht die nahe Be-

ziehung hervor, in welcher die Entscheidung über den Anspruch auf Herausgabe der Sache bei der Einrede des Marktkaufs zu der gleichen Entscheidung bei dem Gewährszuge steht. Es lässt sich aber das Vorhandensein und die Art dieser Beziehung noch deutlicher nachweisen. Setzen wir nemlich als richtig voraus, dass das germanische Recht auch bei der Nichtbenennung des Verkäufers seitens des Anefangsbeklagten den Verlauf des Anefangsverfahrens, wie er sich bei der Gestellung des Gewähren gestaltet hätte, vor Augen gehabt hat und auch in diesem Falle das in dem letzteren eintretende Resultat insofern herzustellen suchte, als Beklagter durch die Nichterfüllung seiner prosessualischen Pflicht nicht besser, Kläger aber nicht schlechter gestellt würde, Beklagter also den Schaden tragen sollte, so entsteht die Frage, worin eigentlich der Schaden bestand, der jeder Partei durch das Unterbleiben des Gewährszuges erwuchs. Der Kläger würde, wie bereits oben bemerkt, benachtheiligt werden, wenn er nicht auch in diesem Falle wie beim Gewährszuge seine Sache wiedererlangte. Für den Beklagten bildet dagegen der Verlust der Sache keineswegs den aus der Nichtgestellung seiner Vormänner hervorgehenden Schaden: denn die Sache hätte ja Beklagter, falls nicht das Vorbringen des Klägers gänzlich widerlegt wird, auch bei der Durchführung des Gewährszuges nicht behalten. Durch die gegen ihn erhobene Klage wäre er genöthigt gewesen, die Sache unter Auflösung des über sie abgeschlossenen Kaufgeschäftes in die Hand des an seine Stelle tretenden Vormannes zurückgelangen zu lassen. Der letzte Vormann hätte dann die Sache an den Kläger herausgeben müssen. Beklagter hätte aber in diesem Falle von seinem Contrahenten wenigstens den von ihm an diesen gezahlten Kaufpreis zurückerstattet erhalten, und gerade darin, dass er bei der Nichtgestellung des Gewähren diesen nicht wiedererlangt, besteht der Schaden, welcher ihn in Folge der unvollständigen Erfüllung seiner processualischen Pflichten trifft. Und hierin liegt nun die Erklärung dafür, dass in den Quellen als die Folge, welche die Berufung auf Marktkauf hat, so häufig neben dem Verlust der Sache auch der des Kaufpreises angegeben wird.[25]) In einzelnen Stellen

[25]) Vgl. Ssp. II 36 § 4. Deutschensp. c. 146 § 4. Prag. Rechtsb. c. 186. Rb. nach Dist. IV 9 d. 4 Z. 41—46. IV 42 d. 7. Gosl. Stat. S. 99 Z. 10—13. Bresl. Syst. Schöffenr. III 2 c. 96. Culm III 130.

wird sogar lediglich der Verlust des Kaufpreises erwähnt, während die Zuerkennung der Sache an den Kläger überhaupt nicht hervorgehoben wird.[26]) Da die in Rede stehenden Quellen zum Theil ziemlich verschiedenen Zeiten und Rechtsgebieten angehören, ist die Annahme, dass die Uebereinstimmung der Ausdrucksweise eine bloss zufällige sei, von vornherein ausgeschlossen. Auch ist es nicht denkbar, dass durch die Hervorhebung der thatsächlichen Folge, welche die Aberkennung der Sache für den Marktkäufer nach sich zieht, nur der Gegensatz gegen das jüdische Recht betont werden sollte: dazu sind die für die Juden bestimmten Vorschriften doch zu sehr Ausnahmebestimmungen, und in einem grossen Theil der oben citirten Quellen ist auch für diese Gegenüberstellung gar kein Anlass vorhanden. Ebenso muss die Erklärung zurückgewiesen werden, dass die germanischen Quellen deshalb nur von dem Verluste des Kaufpreises bei dem Beklagten reden, weil derselbe in Wahrheit nicht Eigenthümer der Sache ist, dieselbe also gar nicht verlieren kann. Solche theoretischen Erwägungen liegen den Quellen jedenfalls völlig fern. Das Verständniss für den gedachten Sprachgebrauch lässt sich vielmehr unserer Meinung nach nur bei der Annahme gewinnen, dass das germanische Recht bei der Behandlung der Einrede des Marktkaufs stets den Fall des Gewährszuges vor Augen gehabt und die Abweichung bei der Behandlung dieser Einrede betonte.

Die Consequenz dieses Gedankenganges kann aber noch weiter verfolgt werden. Der Anefangsbeklagte haftete, wie oben bemerkt, nach dem germeingermanischen Rechte ohne Rücksicht auf culpa für die Gestellung des Gewähren und musste daher bei Nichterfüllung dieser Verpflichtung unbedingt den dadurch entstehenden Schaden tragen. Setzen wir nun den Fall, dass diese strenge Haftung unter besonderen Umständen ausgeschlossen und ebenso wie bei der Nichterfüllung von Verträgen gewisse Excusationsgründe zugelassen wurden. Welche Entscheidung hätte nach den soeben entwickelten Grundsätzen in diesem Falle Platz greifen müssen? Wenn das Princip, „jeder, welcher Erwerb von einem Dritten behauptet, hat seinen Gewähren zu gestellen", bestehen bleibt, so kann der Anefangsbeklagte jedenfalls,

[26]) Schwabensp. c. 268 § 4. Bremer Stat. v. 1303 c. 74. Hamb. Stadtr. v. 1270 Art. XII 5; v. 1292 P. V; v. 1497 O. XIIII. Burgd. Handf. 1316 c. 187. Rb. nach Dist. IV 42 d. 25 i. f.

auch wenn die Nichterfüllung dieser Pflicht im einzelnen Falle für entschuldbar angesehen wird, doch nicht besser gestellt werden, als er bei Erfüllung derselben stehen, sondern höchstens von dem Schaden befreit werden, welcher ihm sonst aus der Nichtgestellung des Gewähren erwachsen würde. Der Anefangsbeklagte könnte also auch unter dieser Voraussetzung die Sache nicht behalten, er könnte aber verlangen, dass der Kläger ihm dasjenige ersetze, was er bei der Durchführung des Gewährszuges erhalten hätte. Das Resultat würde demnach sein, dass der Kläger die Sache nur zurückverlangen dürfte, wenn er dem Beklagten den von diesem an seinen Verkäufer gezahlten Preis zurückerstattet.

Dass das germanische Recht diese Consequenz in Wahrheit gezogen hat, ist eine bekannte Thatsache. In Quellen, welche den verschiedensten Zeiten und Rechtsgebieten angehören, sind einzelne Fälle herausgehoben, in welchen die für den Beklagten bestehende Unmöglichkeit, seinen Gewähren zu stellen, nicht bloss als entschuldbar, sondern als so natürlich angesehen wird, dass es als eine Ungerechtigkeit erscheint den Beklagten einen Schaden tragen zu lassen, zu dessen Abwendung er in Folge der den Abschluss des Kaufgeschäfts begleitenden Umstände gar nicht in der Lage war. Die Voraussetzungen, unter welchen der Anefangsbeklagte wegen der Nichtgestellung des Gewähren entschuldigt wird, sind allerdings in den einzelnen Quellen sehr verschieden normirt, und demgemäss hat auch die Berufung auf solche Gründe, welche die strenge Haftung ausschliessen, hier und da eine grössere oder geringere Bedeutung. Als solche Gründe erscheinen in den Quellen die Einführung der betreffenden Sache über See, die Gewinnung derselben durch Erbeutung, der unverhohlene Besitz einer gefundenen oder Dieben oder Räubern abgejagten Sache mit oder ohne erfolgloses Aufgebot, endlich auch Erwerb der Sache durch Marktkauf.[27]) Während aber nur nach einem Theile der in Frage kommenden Quellenstellen das Vorliegen derartiger Gründe schlechthin die Abweisung des klägerischen Anspruchs zur Folge hat, nach einem andern Theile dagegen nur die Widerlegung der Dieb-

[27]) Vgl. Citate bei Franken a. a. O. S. 302 Note 3—6. Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 130 ff. Stobbe, Handb. d. dtschn. Privatrechts II (2. Aufl.) § 146 Note 20 ff. § 147 Note 13 ff.

stahlsinzicht bewirkt, findet nach einer sehr erheblichen Zahl von Vorschriften die Berücksichtigung der bezüglichen Excusationsgründe in der Weise statt, dass der Kläger zur Einlösung der Sache durch Erstattung des von dem Beklagten gezahlten Kaufpreises verpflichtet wird. Hierin liegt aber die Anerkennung der Consequenz, welche wir aus dem der Einrede des Marktkaufs zu Grunde gelegten Princip ziehen zu müssen glaubten.

Daran, dass das Einlösungsrecht rein germanischen Ursprungs ist, konnte schon früher bei der Verbreitung, welche dasselbe gehabt hat, nicht gezweifelt werden. Wir können uns jetzt zum Beweise für diesen Satz nicht bloss auf die Stellen stützen, in welchen jenes Rechtsinstitut direct anerkannt wird, sondern auch auf die oben angezogenen Vorschriften, in welchen wenigstens die diesem Rechtsinstitute zu Grunde liegende rechtliche Auffassung hervortritt. Wenn eine grosse Zahl von Quellen den Satz ausspricht, dass der Anefangsbeklagte, dem die von einem Unbekannten erworbene Sache abgesprochen wird, dabei den von ihm gezahlten Kaufpreis verliert, wenn der Richtsteig Landrechts dem obsiegenden Anefangskläger die Frage in den Mund legt, ob er dem Beklagten für das Geld antworten müsse, das derselbe für die Sache gab, so liegt hierin schon der Hinweis darauf, dass der nächste Schritt in der Fortbildung dieses Rechtszustandes dazu führen muss, dass der Beklagte sein Geld nicht verliert, Kläger ihm vielmehr wegen desselben antworten muss. Und wenn wir nun weiter in Betracht ziehen, dass dieser Sprachgebrauch darin seine Erklärung findet, dass jene Quellen den Fall, in welchem Beklagter sich auf Marktkauf beruft, mit dem Gewährszuge vergleichen, so muss gesagt werden, dass der Keim des Einlösungsrechtes, wenn dasselbe auch gerade auf deutschem Boden nur eine beschränktere Bedeutung gehabt hat, doch schon in dem ältesten germanischen Rechte vorhanden ist, und nur die strengere Beurtheilung, welche hier die Nichtgestellung des Gewähren fand, das Hervortreten desselben verhinderte.

Wir gelangen demgemäss zu demselben Resultate wie Franken, welcher gleichfalls behauptet[22]), dass die „bisher so gut wie unerklärte Einlösung, die unter Umständen dem mit seiner Vindication auf ein Hinderniss stossenden Kläger statt dieser zusteht, nicht eine blosse Gutmüthigkeit der Quellen oder eine inelegante

[28]) Französ. Pfandrecht I. S. 296—298.

verkehrspolitische Bestimmung, sondern eine wirkliche und nothwendige juristische Consequenz sei". Die Begründung, welche dieser Satz bei Franken findet, ist freilich von der unsrigen sehr verschieden und nicht geeignet zu überzeugen. Franken geht nemlich von der Annahme aus, dass das Recht des redlichen und entgeltlichen Erwerbers einer Mobilie nicht auf dem Rechte seines Vormanns, sondern auf seinem ehrlichen Aufwande auf die Sache beruhe. Der nach römischer und moderner Auffassung derivative Titel wirke also in dem germanischen[29]) Rechte constitutiv, der Anefangsbeklagte erhebe daher eine contravindicatio, wenn er sich, ohne seinen Gewähren zu gestellen, auf redlichen und entgeltlichen Erwerb berufe. Kläger räume dann den diesbezüglichen Einwand des Beklagten aus, indem er den Titel desselben einräume, d. h. ihm die Erstattung seines Aufwandes offerire.

Es soll nun gar nicht in Abrede gestellt werden, dass das Einlösungsrecht in einigen der altfranzösichen Rechtsquellen des späteren Mittelalters durch ähnliche Erwägungen, wie sie Franken anstellt, gerechtfertigt wird. Diese Thatsache allein kann aber unmöglich den Beweis dafür liefern, dass der historische Ursprung des Einlösungsrechtes in den von Franken angegebenen Gründen zu suchen ist. Hieran darf aber umsomehr gezweifelt werden, als die oben mitgetheilte Deduction sehr wenig schlüssig ist und jedenfalls erheblich über das Ziel hinausschiesst.

Beruht nemlich wirklich das Recht des bonae fidei possessor einer Mobilie nicht auf dem Rechte seiner Vormänner, sondern auf seinem ehrlichen Aufwande auf die Sache, so ist auch die Möglichkeit ausgeschlossen, dass der Anefangskläger sich ihm gegenüber fernerhin auf die „Furtivität" der Sache berufen kann. Mit einem constitutiven Titel ausgerüstet, wäre der redliche und entgeltliche Erwerber Eigenthümer im vollen Sinne des Wortes, während der Bestohlene zu der Sache in dem gleichen Verhältnisse stände, als wenn er dieselbe niemals besessen hätte. Mit demselben Rechte, wie ihm die Befugniss zuertheilt wird, den Titel des gegenwärtigen Inhabers auszuräumen,

[29]) Dass die von Franken ausgesprochene Ansicht seiner Meinung nach auch ausserhalb des altfranzösischen Rechtsgebietes Geltung hatte, ergiebt sich aus dem Zusammenhange seiner Darstellung, insbesondere aus seiner Bezugnahme auf Schriften, denen deutsches Privatrecht zu Grunde liegt, unzweideutig.

könnte jeder beliebige Dritte hierauf Anspruch erheben. Dieser Folgerung sucht sich Franken[30]) vergeblich durch die Unterstellung zu entziehen, dass es mit der bona fides des Anefangsbeklagten ein Ende hätte, wenn er die Offerte des Klägers, ihm gegen Herausgabe der Sache den Kaufpreis zu erstatten, ablehnen würde. Denn es ist absolut unverständlich, aus welchem Grunde der Anefangsbeklagte dadurch, dass er sein gutes Recht, seinen constitutiven Titel voll und ganz zur Geltung bringen will, in mala fides gerathen soll. Die Ausführungen Frankens führten also schliesslich zu einem Cirkelschluss: Der redliche Besitzer muss die Sache gegen Erstattung des Kaufpreises herausgeben, weil er sonst nicht redlicher Besitzer wäre. Franken konnte sich auch nur mit dieser nicht zureichenden Erklärung des Anefangsrechts begnügen, weil er derjenigen Seite der alten „Mobiliarvindication", in welcher wir in Uebereinstimmung mit den Quellen die charakteristische Eigenthümlichkeit derselben erblicken, dem Gewährszuge, nicht genügende Aufmerksamkeit zugewendet, sondern sich auf den Nachweis beschränkt hat, dass die diesbezüglichen Bestimmungen seine Auffassungen nicht stören.

Fügt sich nach alledem das Einlösungsrecht durchaus harmonisch in den Bau der Anefangsklage ein, so muss weiter noch betont werden, dass ihm sogar der Vorzug der Consequenz vor denjenigen Bestimmungen gebührt, welche den redlichen Erwerber die intertiirte Sache unter Umständen gänzlich behalten lassen. Diese Vorschriften sind nur erklärlich, wenn man annimmt, dass die Quellen, in welchen sie enthalten sind, der Einrede des Erwerbes von einem Unbekannten bereits eine selbstständigere Behandlung angedeihen und ihr Abhängigkeitsverhältniss zu dem Gewährszuge in den Hintergrund treten lassen. Als Belege für unsere Auffassung der Anefangsklage können diese Stellen nach dem oben Ausgeführten selbstredend nicht verwerthet werden. Obgleich in denselben scheinbar das Princip hervortritt, dass die Rückforderung von Mobilien nur auf Grund einer persönlichen Verpflichtung stattfinden kann, kann doch kein Zweifel darüber obwalten, dass sie nur Ausnahmen von der Regel des deutschen Rechtes, nach welcher der Marktkäufer zur Herausgabe der geanefangten Sache verbunden ist, enthalten. Andererseits darf

[30]) A. a. O. S. 297.

aber behauptet werden, dass auch diese Bestimmungen von unserem Standpunkte aus leichter verständlich werden, als nach der herrschenden Lehre. Als ein grosser und gänzlich unvermittelter Schritt in der Rechtsentwickelung müsste es angesehen werden, wenn die citirten Rechtsquellen, wie allgemein angenommen wird, einen neuen Grund des Eigenthums-Erwerbs resp. Verlustes aufgestellt hätten. Viel geringfügiger und näherliegend scheint dagegen die eingetretene Veränderung, wenn lediglich die Frage, welche von den Parteien den aus dem Wegfall des Gewährszuges hervorgehenden Schaden zu tragen hat, anderweitig geregelt wurde. Zumal von dem Standpunkte derjenigen Quellen aus betrachtet, welche dem Kläger nur den Anspruch auf Einlösung gewähren, erscheint der weitere Satz, dass er zwar nichts zu leisten, aber auch nichts zu fordern habe, als ein nur wenig weiter gehender. Schon die Präsumption für die Continuität der Rechtsbildung spricht daher für unsere Ansicht. Bei Zugrundelegung derselben wird es aber auch begreiflich, wenn schon eine ziemlich frühe Quelle, welche jedoch den Gewährszug in recht laxer Art behandelt, in einem concreten Falle die „Ausschliessung der Vindication" statuirt d. h. die Einrede des Erwerbs von einer Person, die nicht als Gewähre gestellt wird, zur Zurückweisung des reipersecutorischen Anspruchs führen lässt. Ich meine die folgende von Dahn ausführlich erörterte Bestimmung des westgothischen Rechts:

> Lex Visigoth. XI, 3, 1. Si transmarini negotiatores furtiva vendere detegantur. Si quis transmarinus negotiator aurum argentum vestimenta provincialibus nostris vendiderit et competenti pretio fuerint venumdata, si furtiva fuerint postmodum approbata, nullam emptor calumpniam pertimescat.

Nach der Versicherung Dahn's[31]) ergiebt die Vergleichung des Sprachgebrauchs der Lex Visigothorum, dass die Worte „nullam calumniam pertimescat" in dem Schlusspassus nicht bloss die Ausschliessung der Diebstahlsinzicht, sondern auch die der Zurückforderung seitens des Bestohlenen bedeuten. Für die herrschende Ansicht erscheint diese ganze Vorschrift als eine schwer zu erklärende Singularität. Von der oben dargelegten Auffassung aus betrachtet, zu deren Unterstützung sie eben da-

[31]) Vgl. Dahn in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 16 S. 406.

durch ihr Theil beiträgt, spricht sie für einen dem Handelsverkehr angehörenden Fall in einem schon sehr entwickelte Zustände voraussetzenden Volksrechte lediglich denselben Satz aus, der sich in verschiedenen eben auch die Interessen des Handelsverkehrs offenbar berücksichtigenden Rechtsquellen des späteren Mittelalters wiederfindet.

§ 16.

(Fortsetzung.)

IV. Bei der Einrede des Erwerbes durch Erbeutung.

Die Thatsache, dass eine bewegliche Sache durch Erbeutung im Kriege oder in der Fehde ihren Besitzer gewechselt hat, kann in dem Anefangsverfahren nach zwiefacher Richtung hin erheblich werden. Einmal nemlich, wenn derjenige, welcher die Sache in Wahrheit oder nach der Angabe des Beklagten auf diese Weise verloren hat, gegen ihren gegenwärtigen Inhaber die Anefangsklage anstellt. Zweitens, wenn der Beklagte oder einer seiner Vormänner geltend macht, er habe die Sache einer dritten Person durch eine in der gedachten Art qualificirte Handlung weggenommen. Nur der letztere, die Einrede des Erwerbes durch Erbeutung im engeren Sinne begründende Thatbestand interessirt an dieser Stelle. Indessen kann auch die zuerst erwähnte Möglichkeit schon deshalb nicht völlig übergangen werden, weil es bei einigen der einschlägigen Quellenstellen zweifelhaft ist, auf welchen der beiden hervorgehobenen Fälle sie Bezug haben.

I. Verlust durch Erbeutung.

Die Wegnahme von Gegenständen, welche während eines Krieges oder einer rechten[1]) Fehde in der Gewahrsam des Feindes vorgefunden worden, ist kein Delict, sondern gewissermassen eine „studis legitima", ein rechtmässiger Raub. In ihrer

[1]) Dass die Fehde von dem objectiven Rechte als rechtmässig anerkannt ist, wird natürlich in dem Folgenden vorausgesetzt; Wegnahme in unrechter Fehde ist Raub. So verbieten die Statuten von Bochold c. 40 (Wigand, Archiv für Geschichte und Alterthumskunde Westphalens, Bd. III S. 18) den Ankauf von Sachen, welche in „fremden" Fehden genommen sind, ebenso wie den von geraubten und gestohlenen Sachen.

Eigenschaft als Strafklage ist daher die Anefangsklage wegen einer solchen Handlung selbstverständlich ausgeschlossen. Aber auch ein civiler Rückforderungsanspruch seitens des Verlierers greift nach den Vorschriften der Quellen nicht Platz, und zwar weder gegen den dritten Besitzer, noch gegen den Erbeutenden selbst. Wollte nun der Verlierer nichtsdestoweniger diebliches oder raubliches Abhandenkommen behaupten und demgemäss mit der Anefangsklage Herausgabe der Sache verlangen, so müsste dem Beklagten nach allgemeinen Grundsätzen das Recht zuertheilt werden, seinerseits Erwerb durch Erbeutung geltend zu machen. Die diesbezügliche Einrede des Beklagten würde sich dann als motivirte Verneinung des Klagefundaments charakterisiren und auf gleicher Stufe stehen, wie z. B. der Einwand, die Sache von dem Kläger gekauft zu haben. Unter dieselbe juristische Kategorie würde die gedachte Einrede auch dann fallen, wenn die Anefangsklage, wie dieses fast nach allen hier in Betracht kommenden Quellen zulässig ist, auf die allgemeinere Behauptung des Verlustes wider Willen gestützt wird; denn auch diese Substantiirung der Klage setzt stillschweigend voraus, dass der Verlust der Sache ein unrechtmässiger gewesen ist. Hier war aber die Gefahr nahegelegt, dass derjenige, dem die Sache im Kriege oder in rechter Fehde weggenommen worden war, sich an den Wortlaut der der Anefangsklage zu Grunde liegenden Behauptung hielt und die erbeutete Sache als eine ihm wider Willen abhanden gekommene zurückforderte. Wo daher ein derartiger Missbrauch nicht schon durch die Fassung des von dem Kläger zu leistenden Eides ausgeschlossen war, war es für die Quellen von Wichtigkeit, ausdrücklich festzusetzen, dass die Anefangsklage bei Verlust durch Erbeutung nicht stattfindet. Dieses geschieht z. B. in den Bremer Statuten von 1303 Ord. 61 in den Worten „et ne si schen in openbaren orlighe“.[2]) Nach dem Braunschweiger Stadtrecht von 1374 c. 96[3]) müssen Fremde, welche in der Stadt die Anefangsklage erheben wollen, glaubhaft machen, dass sie die Sache nicht in der Fehde verloren haben:

> Welk gast ein perd wel anevangen, de scal alsodane kunscap darto hebben dat man eme geloben moge, dat he recht do. Vortmer scal he vorwisnen, dat dat selve

[2]) Vgl. Statuten von 1428 IV 34, von 1433 ord. 101.

[3]) Hänselmann, Urkundenbuch der Stadt Braunschweig S. 69.

perd, dat he anevangen wel, eme nicht avegan si in enem openbaren orleghe.

Diese Bestimmung zielt unzweifelhaft nur dahin, dem dritten über die näheren Umstände des Besitzverlustes des Klägers nicht informirten Inhaber der Sache von vornherein eine Garantie dafür zu geben, dass die Anefangsklage nicht bereits an sich grundlos ist. Keineswegs aber kann aus ihr gefolgert werden, dem Kläger gebühre das Beweisrecht für die Behauptung, dass die Sache nicht durch Erbeutung verloren gegangen ist. Für den Fall, dass sich der Rechtsstreit zwischen dem Verlierenden und dem Wegnehmenden auf die Frage zuspitzt, ob die Entziehung der Sache im Kriege, resp. in rechter Fehde erfolgt ist, muss vielmehr nach dem früher entwickelten Princip dem Beklagten der Beweisvorzug für sein Vorbringen zuerkannt werden. Es kann daher auch nur als etwas rein Zufälliges angesehen werden, dass weder eine derartige Einrede noch ein diesbezüglicher Beweis des Beklagten in den Quellen erwähnt wird.

Von der Regel, dass die Zurückforderung erbeuteter Sachen seitens des Verlierers ausgeschlossen ist, weicht eine Bestimmung des burgundischen Rechtes ab, welche auch in anderer Beziehung Interesse zu erwecken geeignet ist.[4]) Goldschmidt[5]) hat auf dieselbe wegen ihrer Verwandtschaft mit der unten zu erwähnenden Vorschrift des Hamburger Rechts, sowie wegen ihrer Annäherung an das jüdische Recht hingewiesen. Für uns ist diese Stelle schon deshalb bemerkenswerth, weil sie einen rein civilen Rückforderungsanspruch mit der Richtung gegen den Drittbesitzer einer beweglichen Sache zulässt. Dieselbe lautet:

Lex Burgund. CVII c. 8 (Monum. Germ. hist. Leg. t. III p. 576). Quicumque mancipium alienum de Francis conparauerit, testibus idoneis hoc adprobet, quantum et quale precium dederit, et hoc testes illi iurati dicant: nobis praesentibus precium dare vidimus, sed nec ille qui mancipium conparauit, nullam fraudem aut conludium cum

[4]) Auch das Capitulare zur Lex Salica c. 4 (Behrend-Boretius p. 94) erwähnt unter den tres causae, bei welchen der Schwur der thalaptae zulässig ist, auch eines Prozesses: „de res, quae in hoste praedata (perdita) sunt". Ueber dieser Stelle ruht aber ein tiefes Dunkel, welches auch ich zu lichten nicht im Stande bin. Vergl. Behrend in den Festgaben für Heffter, S. 63.

[5]) Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 8 S. 262 Anm. 8 a. E. 277.

inimicis fecit. Quodsi testes idonei taliter sacramenta dederint, quantum precium dedit, tantum recipiat: nec pastum requirat, et mancipium, cuius fuerat, sine mora reddatur.

Aus dem Zusammenhange, in welchem die obige Bestimmung mit anderen Vorschriften desselben Titels steht, ergiebt sich unzweifelhaft, dass sie von erbeuteten Sachen handelt. Es wird demgemäss in ihr angeordnet, dass der Erwerber solcher Gegenstände verpflichtet sein soll, dieselben gegen Erstattung des von ihm an den Feind gezahlten Kaufpreises dem Eigenthümer herauszugeben. Dieser auffallende Rechtssatz, welcher sich allein in dem burgundischen Rechte vorfindet, bedarf einer Erklärung, welche unserer Meinung nach in der Entstehungsgeschichte des c. 8 cit. zu suchen ist.

Der Titel 117 der Lex Burgundionum ist nemlich ein auf dem Reichstage zu Ambérieux erlassenes Specialgesetz, welches diesem Volksrechte erst später als Appendix beigefügt worden ist. Der gedachte Reichstag hat nach Bluhme[6]) unter König Gundobad im Jahre 501, nach Binding[7]) unter König Godomar im Jahre 524 getagt; jedenfalls war ihm ein Krieg der Burgunder mit den Franken vorausgegangen, in welchem die ersteren schwere Niederlagen erlitten hatten. Dem entsprechend beschäftigen sich die cc. 1. 3. 4. 8 des Titels 107 damit, die Rechtsverhältnisse der aus der fränkischen Kriegsgefangenschaft in das burgundische Reich zurückkehrenden, freien und hörigen Personen zu ordnen. Charakterisirt sich hiernach das c. 8 cit. von vornherein als eine lediglich transitorische Bestimmung, so muss weiter hervorgehoben werden, dass dem Gesetzgeber bei Abfassung dieser und anderer Vorschriften des Titels CVII ein römisches Muster vorgelegen hat. Auf diese Annahme weist zunächst der Umstand hin, dass auch in der Lex Burgund. XVII c. 2 eine Anlehnung an das römische ius postliminii hervortritt, während die Lex Romana Burgundionum sogar einen eigenen Titel[8]) über diesen Gegenstand enthält. Völlig überzeugend ist aber die Vergleichung der unserer Meinung nach auf dem Reichstage zu Ambérieux benutzten römischen Quelle, nemlich des in

[6]) Vgl. Mon. Germ. hist. Leg. III p. 502.

[7]) Das burgundisch-romanische Königreich S. 260.

[8]) Tit. XLI.

der Lex Romana Visigothorum erhaltenen Tit. V Cod. Theodos. Lib. V „de postliminio". Der lex I dieses Titels entspricht das c. 1 des Titels CVII, nach welchem das Eigenthumsrecht des aus der Kriegsgefangenschaft zurückkehrenden Freien an seinen mittlerweile in fremde Hand gelangten Sclaven wieder aufleben soll; beide Stellen gedenken dabei übereinstimmend des Falles, dass das Staatsoberhaupt in der Zwischenzeit über das Vermögen des captivus zu Gunsten einer dritten Person verfügt hat. Weiter ordnet die lex II C. Theodos. l. c. an, dass die Personen, welche von ihrem Wohnorte als Kriegsgefangene in eine andere Provinz geführt worden sind, Freizügigkeit geniessen und an der Rückkehr in ihre Heimath nicht gehindert werden sollen. Diese Bestimmung hat auf die cc. 2. 3. 5 des Titels 107 Einfluss ausgeübt; die Wendung „ad propria redire" in c. 5 findet sich wörtlich in dem Text und der Interpretatio der lex II wieder. Die Quelle für das oben abgedruckte c. 8 endlich bildet die in lex II cit. enthaltene Vorschrift, nach welcher der aus der Kriegsgefangenschaft Losgekaufte von seinem Befreier solange zurückgehalten werden kann, bis er den von dem letzteren an den Feind gezahlten Kaufpreis wiedererstattet hat. Das Abhängigkeitsverhältniss, in welchem das c. 8 cit. zu dieser Bestimmung steht, wird besonders deutlich, wenn man in das Auge fasst, dass auch die Interpretatio der römischen Stelle dem Loskäufer den Beweis über die Zahlung und die Höhe des Kaufpreises auferlegt („quod dedisse emtor probaverit"), und dass weiter das „nec pastum requirat" in c. 8 unmittelbar an die Anordnung des § 1 der lex II cit. anknüpft „quibus si quicquam in usum vestium vel alimoniae impensum est, humanitati sit praestitum, nec maneat victualis sumtus repetitio" (interpr. „minime aliquid pro eorum requiratur expensis"). Bei dieser Uebereinstimmung im Einzelnen kann es vom Standpunkte der Quellenkritik aus nicht in das Gewicht fallen, dass der von der burgundischen Gesetzgebung für die Rückforderung erbeuteter Knechte aufgestellte Rechtssatz in dem römischen Original nur für den Loskauf von kriegsgefangenen Freien gilt. Eine solche selbstständige Benutzung römischer Quellen, bei welcher gewissermassen die ratio des fremden Rechtssatzes utiliter angewendet wird, ist in den germanischen Volksrechten nichts Ungewöhnliches. Auch erklärt sich die in c. 8 cit. stattgehabte Uebertragung in einfacher Art daraus, dass der Titel 107 der Lex

Burgund. überhaupt (vergl. die cc. 1. 2. 4) den Rechtsverhältnissen an Sclaven besondere Aufmerksamkeit zuwendet.

Die in Rede stehende Bestimmung des burgundischen Volksrechtes enthält hiernach zwar nicht reines römisches Recht; in Rücksicht auf die Art ihrer Entstehung kann sie aber ebensowenig als ein Product specifisch germanischer Rechtsentwicklung angesehen werden. Sie verdient daher weder wegen der Anerkennung des dinglichen Klage- resp. des Einlösungsrechtes, noch auch wegen der eigenthümlichen Behandlung des Verlustes durch Erbeutung Beachtung.

II. Erwerb durch Erbeutung.

Wir kommen jetzt zu dem zweiten hier speciell interessirenden Falle, in welchem die Erbeutung Gegenstand der processualischen Erörterung im Anefangsverfahren werden kann. Die Einrede des Beklagten, die Sache einem Dritten im Kriege oder in der Fehde weggenommen zu haben, unterscheidet sich von der ad I besprochenen wesentlich dadurch, dass bei ihr die klägerische Behauptung des dieblichen Verlustes unangefochten bleibt. Sie dient lediglich zur Widerlegung der gegen den Beklagten persönlich gerichteten Diebstahlsbeschuldigung, lässt aber die Möglichkeit, dass einer der Vorbesitzer desselben den mit der Klage gerügten Diebstahl begangen habe, bestehen. Gelingt es dem Beklagten, sein diesbezügliches Vorbringen zu beweisen, so ist damit zunächst nichts weiter dargethan, als dass die mit Anefang belegte Sache in der Zeit zwischen dem angeblichen Besitzverluste des Klägers und dem Besitzerwerbe des Beklagten einen Zwischeninhaber gehabt hat. In ihrem Verhältnisse zu dem strafrechtlichen Inhalte der Klage steht also die Einrede des Erwerbes durch Erbeutung auf gleicher Stufe mit der Behauptung des Beklagten, den Streitgegenstand von einem Dritten durch Rechtsgeschäft erworben zu haben. Dieselbe Analogie greift aber auch bezüglich des reipersecutorischen Anspruches Platz, da beide Arten der Vertheidigung zu der Feststellung führen, dass der Anefangsbeklagte weder als Dieb noch aus einem anderen ihn persönlich verpflichtenden Rechtsgrunde zur Herausgabe der Sache verbunden ist. Auch hier ist also nach dem oben Ausgeführten die Frage, welche von den Parteien die Sache schliesslich „behält“, für die principielle Auffassung des gesammten Anefangsverfahrens von Bedeutung. Und zwar ist

das Interesse, welches der vorliegende Fall in Anspruch nimmt, ein um so grösseres, als bei ihm jene Frage im entgegengesetzten Sinne entschieden wird, wie bei dem Gewährszuge und bei der Einrede des Marktkaufs.

Dass nemlich der Einwand des Beklagten, die Sache von einem Dritten erbeutet zu haben, zur gänzlichen Abweisung der Anefangsklage führt, ergiebt sich aus folgender Stelle:

> Hamburger Statuten v. 1270 VII, 9 al. 6.[9]) So wat en man under enes heren banneren vindet unde wynnet in eme stryde, sprikt dat gud ienich man an an duue ofte an roff: da is de man neger to beholdende mit syneme tuge mit twen gude mannen, de dar weren, dar he dat gud wan, denne it em ienich man aff to wynnende sy.

Laband[10]) bezieht diese Bestimmung auf den ad I besprochenen Fall des Verlustes durch Erbeutung, unserer Meinung nach jedoch irrthümlich. Bei der Erklärung Laband's müsste nemlich vorausgesetzt werden, dass in obiger Stelle gerade der, welcher die Sache in der Fehde an den Beklagten verloren hat, als Anefangskläger auftritt und behufs Substantiirung seiner Klage fälschlich Entziehung der Sache durch Diebstahl oder Raub behauptet; für diese Annahme fehlt aber, da „ienich" die allgemeine Bedeutung von „irgend einer" hat[11]), jeder Anhalt. Bei unbefangener Interpretation muss daher die Stelle dahin verstanden werden, dass die mit Anefang belegte Sache dem Kläger in Wahrheit gestohlen oder geraubt worden ist, Beklagter aber, ohne den thatsächlichen Inhalt des Klagevortrags anzugreifen, geltend macht, er habe die Sache einem Dritten im Kriege oder in rechter Fehde weggenommen. Für diesen Fall wird dann angeordnet, dass derjenige, welcher die Sache durch Erbeutung erworben hat, näher zum Behalten derselben sein solle, als der Bestohlene resp. Beraubte.

Hiernach bestätigt sich unsere oben ausgesprochene Ansicht über die Wirkung der Einrede des Erwerbs durch Erbeutung.

[9]) Vgl. Hamburger Stadtr. v. 1292 H. 7 al. 6, von 1497 E. XI al. 6. Lübisch. Recht (Hach) Cod. III c. 334. Statuten von Stade VII 7 (Pufendorf Observat. t. I append. p. 211.

[10]) A. a. O. S. 77.

[11]) Vgl. Homeyer Glossar zum Ssp. h. v.

Der gegentheilige von Laband[12]) aufgestellte Satz, dass die Erbeutung im deutschen Rechte kein Eigenthumserwerbsgrund an gestohlenen oder geraubten Sachen sei, ist also für das alte Hambnrger Recht (welches Laband in Folge seiner Erklärung der einschlägigen Stelle bei dieser Frage gar nicht berücksichtigt hat) jedenfalls unzutreffend. Diese Behauptung Laband's wird aber auch durch die von ihm selbst angeführten Quellenzeugnisse nicht oder im besten Falle nur in einem sehr beschränkten Umfange beglaubigt. Das gilt zunächt von dem

> MagdeburgerSchöffenurtheil bei Wasserschleben, Samml. deutsch. Rechtsqu. Kap. XLIX S. 404. Niclas hat in vnsirn gerichte eyn pherd geanefanget, daz om also her spricht von den vordampten ketczirn genomen sey vnde wil sich dorczu czihn alzo recht ist. Spricht seyn wedersache daz das pherd von cristen in eynen offinbare krige weder abegedrungen sey von den hers gekouft hat vnde habe des seynen werman. Dokeygen meynt Niclas daz dy ketczer keynen offinbar nach furstlichin krig wider dy cristen nicht haben mogen vnde nymand mag mit sulcher habe daz sy den cristen so weder got vnde recht nemen den andirn weren. bitten wir uns czu vnderweisen vnde was recht ist dorobir czu sprechin. Das recht dorauff wil sich daz niclas czuczihn selbdrytte also recht ist daz das pherd seyn sey vnde om von den ketczern genomen sey so en mag seyn wedersache das keygen om nicht vorantwerten domethe daz her sayt daz das pherd von den cristen in eyme offinbare crige den keczirn wider abegedrungen sy wenne nymand mag den andern sulchs geraubeten gutis nicht geweren.

In dem vorstehenden Schöffenspruche wird der Anefangsbeklagte also allerdings mit der Behauptung, sein Vormann habe die streitige Sache aus der Hand eines von dem Anefangskläger verschiedenen Feindes erbeutet, vom Beweise ausgeschlossen und ohne Weiteres nach dem Klageantrage zur Herausgabe derselben verurtheilt. Irrthümlich dürfte es aber sein, wenn Laband den Grund dieser Entscheidung in den gesperrt gedruckten Schlussworten der obigen Stelle sucht und in diesen das allgemeine Princip ausgesprochen findet, dass die Einrede der Erbeutung

[12]) A. a. O. S. 77.

der Klage auf Rückgabe geraubter Sachen gegenüber unwirksam sei. Unserer Meinung nach hat der von den Magdeburger Schöffen bei der Urtheilsfindung für massgebend erachtete Rechtssatz einen viel beschränkteren Inhalt.

Aus der Replik des Anefangsklägers ergiebt sich nemlich, dass derselbe keineswegs, wie Laband meint, den von dem Beklagten erhobenen Einwand, die mit Anefang belegte Sache sei in einem offenbaren und fürstlichen Kriege erbeutet worden, für an sich unerheblich hält. Er macht vielmehr nur geltend, der Beklagte könne in dem vorliegenden concreten Falle auf diese Art der Vertheidigung nicht provociren; denn der von Ketzern gegen Christen geführte Krieg characterisire sich nicht als ein offenbarer und fürstlicher, da die „verdammten Ketzer“ vom völkerrechtlichen Standpunkte aus nicht als zur Kriegführung berechtigte Partei anzusehen seien. Augenscheinlich ist es gerade die Frage, ob diese Auffassung des Anefangsklägers richtig ist oder nicht, über welche von dem zunächst zur Entscheidung berufenen Gerichte das Superarbitrium des Oberhofs zu Magdeburg eingeholt wird. Es spricht deshalb von vorneherein die Vermuthung dafür, dass sich die Antwort des letzteren genau an diese Fragestellung anschliesst: sie würde aber weit über dieselbe hinausgehen, wenn sie, wie Laband auf Grund des Schlusspassus „wenne nymand mag den andern sulchs geraubeten gutis nicht geweren“ annimmt, die Einrede der Erbeutung im Allgemeinen oder gar die Geltendmachung jedes Erwerbes aus dritter Hand der Anefangsklage gegenüber für unwirksam erklärte. Dass dieser Inhalt in den Schlusssatz nicht hineingelegt werden kann, ergiebt sich schon daraus, dass derselbe nicht von geraubtem Gute schlechthin, sondern von „solchem“ geraubten Gute spricht, also ausdrücklich auf die Besonderheiten des vorausgesetzten Thatbestandes hinweist. Die hervorgehobenen Worte enthalten aber überhaupt keinen Entscheidungsgrund, sondern umgekehrt eine aus dem Vorhergehenden gezogene Schlussfolgerung, in welcher das wesentliche rechtliche Ergebniss des Urtheils kurz zusammengefasst wird. Das tritt mit voller Deutlichkeit hervor, wenn man den Inhalt des Frage- und des Antwort-Schreibens im Einzelnen zusammenhält. Diese Vergleichung zeigt nemlich, dass sich die Magdeburger Schöffen bei Abfassung ihres Rechtsgutachtens darauf beschränkt haben, die ihnen mitgetheilten Parteibehauptungen wiederzugeben und bei jeder derselben er-

sichtlich zu machen, ob sie ihrer Ansicht nach erheblich sei oder nicht. So ist auch der mit „wenne“ eingeführte Schlusssatz lediglich eine Wiederholung und Bestätigung derjenigen Aufstellung, in welcher der Vortrag des Anefangsklägers gipfelt (dass nemlich „nymand mit sulcher habe, daz die ketzer den cristen so weder got unde recht nemen, den andirn weren mag“); er enthält also gewissermassen den Tenor des Rechtsgutachtens. Weshalb diese Ansicht des Anefangsklägers für richtig und durchgreifend erachtet wird, darüber findet sich in dem Schöffenspruche selbst nicht einmal eine Andeutung. Es ist deshalb nicht bloss zulässig, sondern sogar geboten, den Entscheidungsgrund aus der vorausgeschickten Darstellung des Sach- und Rechtsverhältnisses zu ergänzen und zu supponiren, dass die Magdeburger Schöffen bei dem Mangel einer selbstständigen Motivirung ihres Spruches auch in dieser Beziehung den Ausführungen des Anefangsklägers beigetreten seien. Hiernach müsste aber angenommen werden, dass der Einwand des Beklagten, die Sache sei von Christen aus der Hand der Ketzer zurückerobert worden, von dem Oberhofe deshalb zurückgewiesen wird, weil der von Ketzern gegen Christen geführte Krieg kein offenbarer und fürstlicher ist. Diese Annahme wird dann weiter auch dadurch unterstützt, dass die Magdeburger Schöffen der Argumentation des Anefangsklägers jedenfalls insofern folgen, als sie das in einem solchen Kriege von Ketzern weggeführte Gut als „geraubtes“ bezeichnen. Die Ketzer erbeuten nicht, sondern sie rauben: das ist zweifellos der Grund, welcher die Klagesubstantiirung „dass das gud seyn sey unde im von den ketzern genomen sey“ als genügend erscheinen lässt. Wurde aber die Wegnahme seitens der Ketzer nicht als Erbeutung angesehen, und zwar deshalb, weil sie nicht in einem offenbaren und fürstlichen Kriege geschehen ist, so konnte auch der in demselben Kriege erfolgenden Zurückeroberung seitens der Christen dieser Character abgesprochen werden. Die letztere wäre dann entweder ein rechtlich völlig bedeutungsloser Act, oder — und dieses wird unserer Meinung nach durch den Gebrauch des Ausdrucks „wider abedringen“ wahrscheinlich — unter den rechtlichen Gesichtspunct des Abjagens geraubter Sachen zu fassen. Hierin treffen wir aber mit Laband zusammen, welcher[13]) unsere Stelle als Beweis dafür anführt, dass Sachen, welche

[13]) A. a. O. S. 76.

Dieben oder Räubern abgejagt worden sind, unbeschränkt vindicirt werden können. Seine Interpretation des obigen Schöffenspruchs hätte Laband freilich davon abhalten müssen, aus demselben Schlüsse über die rechtliche Wirkung der Einrede der Erbeutung zu ziehen; denn es ist undenkbar, dass das aus der Hand der Ketzer zurückeroberte Gut im juristischen Sinne gleichzeitig als erbeutetes und als abgejagtes angesehen worden sei.

Unsere bisherige Agumentation ist nun aber bei genauerer Prüfung nicht völlig unbedenklich, und zwar deshalb, weil die Replik des Anefangsklägers, welcher wir das entscheidende Gewicht beimessen, nicht schlüssig ist. Einerseits kann nemlich die Betonung des Umstandes, dass der von Ketzern gegen Christen geführte Krieg kein offenbarer und fürstlicher ist, im Sinne des Anefangsklägers und im Zusammenhange mit dem Vorhergehenden nur dazu dienen, die Behauptung des Beklagten, die Zurückeroberung der Sache seitens der Christen sei in einem derartig qualificirten Kriege erfolgt, zu widerlegen. Andererseits zieht der Anefangskläger selbst aus dieser von ihm geltendgemachten Rechtsauffassung nur die Consequenz, dass die „ketzer das pherd den cristen so weder got und recht genomen“ haben; er bemängelt also lediglich die rechtliche Wirksamkeit der Wegnahme und nicht die der Zurücknahme. Es würde nun zwar am nächsten liegen, diesen in der Replik hervortretenden Widerspruch auf eine ungenaue Fassung derselben zurückzuführen, und zwar umsomehr, als Beklagter überhaupt nicht bestritten hat, dass das von Ketzern weggenommene Gut an sich „vindicabel“ ist. Immerhin verdient die Ausdrucksweise des Klägers schon deshalb Beachtung, weil es durchaus nicht unwahrscheinlich ist, dass der Krieg zwischen Christen und Ketzern nur auf der Seite der Letzteren als der nicht zur Kriegführung berechtigten Partei nicht als offenbarer und fürstlicher angesehen, und demzufolge auch nur bei ihnen, nicht aber bei den Christen die rechtliche Möglichkeit, in einem solchen Kriege Beute zu machen, ausgeschlossen wurde. Denn bei Zugrundelegung der gegentheiligen Annahme würde ja nicht bloss die Zurückeroberung der von den Ketzern den Christen entrissenen Habe, sondern auch die Wegnahme des wirklichen Eigenthums der Ketzer des rechtlichen Characters der Erbeutung entbehren. Diese unabweisliche Folgerung hätten die Magdeburger Schöffen aber wohl schwerlich als richtig anerkannt, und ich kann mich sogar des

Eindrucks nicht erwehren, als wenn sie gerade, um diese Frage zu umgehen, auf eine Motivirung ihres Spruches vollständig verzichtet haben. Wird es nach alledem wahrscheinlich, dass sich die Zurückeroberung seitens der Christen juristisch allerdings als Erbeutung qualificirt, so erleidet deshalb doch die oben zunächst versuchte Erklärung unserer Stelle dem Resultate nach nur eine unwesentliche Aenderung. Die den Ketzern „wiederabgedrungenen" Sachen sind dann zwar begrifflich nicht „abgejagte", sie werden aber in Folge einer billigen Berücksichtigung der besonderen Umstände des concreten Falles den letzteren analog behandelt. Weil der Feind, welcher die Sachen erobert hat, nicht ein ebenbürtiger Gegner, sondern ein Räuber ist, deshalb soll sich der Genosse, welcher dieselben im Kampfe mit diesem Feinde gewinnt, nicht dem Genossen gegenüber auf einen solchen Erwerb berufen dürfen. Weiteres lässt sich aus dem obigen Schöffenurtheil nicht schliessen; denn dass dasselbe lediglich eine Specialentscheidung enthält, ergiebt der Gesammteindruck und, wie bereits dargethan ist, auch der Einzelinhalt desselben unzweifelhaft. Und zwar liegt die Eigenthümlichkeit des in ihm behandelten Falles unserer Meinung nach ausschliesslich darin, dass sich Ketzer und Christen als kriegführende Parteien gegenüberstehen. Wir möchten daher auch der Ansicht Planck's nicht beitreten, welcher in unserer Stelle den Satz ausgesprochen findet, „dass der Anefangskläger die Behauptung des Beklagten, das Pferd im offenen Kriege erbeutet zu haben, durch die Angabe schlagen dürfe, es sei ihm vorher von dem Feinde, bei dem es Beklagter erbeutet hat, geraubt worden". Selbst diese beschränkte Verallgemeinerung der von den Magdeburger Schöffen gefällten Entscheidung scheint dem wahren Sinne derselben nicht zu entsprechen, und zwar umsoweniger, als das Characteristische des der letzteren zu Grunde liegenden Thatbestandes nicht bloss darin zu suchen ist, dass die Sache aus der Hand des Räubers erbeutet wird, sondern auch darin, dass Weg- und Zurücknahme in demselben Kriege erfolgen, also mit einander in ursächlichem Zusammenhange stehen. Nichtsdestoweniger muss zugegeben werden, dass die von Planck angeregte Idee dem deutschen Rechte keineswegs fremd ist; das beweist folgende Bestimmung:

Zusätze zu den Erfurter Statuten (bei Walch Verm. Beiträge Bd. II S. 22).

Qui spoliantur tempore litis. Welch man icht vor-

lust in eime rechten frede, iz si welchirleie habe iz sie, wirdit die selbe habe genomen in eime offen orlouge, die mac sine habe anevange, wa he se ane kumt.

Hier wird unzweifelhaft stillschweigend vorausgesetzt, dass die Fehde, in welcher die Sache erbeutet wird, gegen den Friedebrecher, welcher dieselbe vorher geraubt hatte, gerichtet ist. Damit, dass für diesen Fall die Anefangsklage gegen den Erbeutenden und seine Rechtsnachfolger ausdrücklich für zulässig erklärt wird, wird der Ansicht Planck's entsprechend, anerkannt, dass die Erbeutung aus der Hand des Diebes oder Räubers selbst das Rückforderungsrecht des Bestohlenen, resp. Beraubten nicht aufhebt. Dieser Rechtssatz hatte jedoch höchstwahrscheinlich — der Character der Quelle, in welcher er uns überliefert ist, weist darauf hin — nur particularrechtliche Geltung; die obige Vorschrift hindert deshalb unserer Meinung nach nicht daran, das Magdeburger Schöffenurtheil, wie von uns versucht worden ist, lediglich aus sich selbst heraus zu interpretiren. Sollte aber dennoch auf Grund der zuletzt citirten Stelle angenommen werden, dass das von Planck behauptete Princip gemeinen Rechtens war und auch der von dem Oberhofe zu Magdeburg gefällten Entscheidung zu Grunde liegt, so würde dasselbe wie auch Planck selbst zugiebt, doch immer nur eine Ausnahme von der in den Hamburger Statuten ausgesprochenen allgemeinen Regel enthalten. Keine der hier erörterten beiden Quellenbestimmungen betrifft den für die Einrede des Erwerbes durch Erbeutung typischen Fall, in welchem der Feind, bei dem die Sache vorgefunden ist, ein beliebiger Dritter ist, oder die Identität dieses Feindes mit dem Diebe oder Räuber wenigstens nicht feststeht; keine derselben bildet also eine genügende Unterlage für die allgemeine Behauptung Laband's, dass die Erbeutung nicht Eigenthumserwerbsgrund an gestohlenen und geraubten Sachen sei. Gleichzeitig ergiebt sich aber auch, dass aus der Zulassung des Anefangs an erbeuteten Gegenständen in dem von Planck angenommenen, beschränkten Umfange unmöglich gefolgert werden darf, die Erbeutung sei nur in Beziehung auf das Eigenthum des Feindes von rechtlicher Wirkung. Denn da die gestohlene, resp. geraubte Sache thatsächlich nicht bloss von dem Diebe, sondern auch von dessen Nachmännern zurückgefordert werden kann, so sind die letzteren — wenn derartige civilistische Erwägungen überhaupt angestellt werden — ebensowenig Eigenthümer, wie jener. Juristisch ist

es also völlig gleichgiltig, ob die Sache aus der Hand des Diebes resp. Räubers selbst oder aus der Hand eines Dritten erbeutet worden ist, und die Ausschliessung der Einrede des redlichen Erwerbes, welche, soweit der Anspruch auf Herausgabe der Sache in Frage kommt, im ersteren Falle stattfindet, kann daher nur aus Billigkeitsgründen resp. aus der Rücksicht auf die thatsächlich bestehende nahe Verwandtschaft dieses Falles mit dem Abjagen gestohlener resp. geraubter Sachen erklärt werden.

Die Vorschrift des Hamburger Rechts, von welcher wir ausgingen und zu der wir jetzt wieder zurückkehren, ist also die einzige Bestimmung der deutschen Rechtsquellen, welche unzweideutig eine allgemeine Regel über die rechtliche Wirkung der Einrede des Erwerbes durch Erbeutung aufstellt. Wir werden weiter nicht fehlgehen, wenn wir dieselbe als Product gemeingermanischer Rechtsentwicklung und nicht bloss als eine particularrechtliche Eigenthümlichkeit auffassen; denn mit den in dem gleichen Titel des Hamburger Stadtrechts ausgesprochenen Grundsätzen über die Ausschliessung der Vindication bei Sachen, welche über See eingeführt worden, resp. Jahr und Tag in der Stadt gewesen sind, hat dieselbe jedenfalls nichts gemein. Innere Gründe stehen der Annahme, dass hier in bewusster Weise auf Grund verkehrspolitischer Erwägungen der Schutz des redlichen Besitzers angestrebt worden sei, entgegen. Practisch führt nemlich die Behandlung, welche das Hamburger Recht dem Erwerbe durch Erbeutung angedeihen lässt, zu dem Resultate, dass der Bestohlene resp. Beraubte nicht bloss die Sache selbst, sondern auch seinen Entschädigungsanspruch verliert, den letzteren deshalb, weil derselbe ausserhalb des Anefangsverfahrens illusorisch ist. Wäre nun wirklich die „Vindicabilität“ von düve und rove principiell anerkannt gewesen, welcher Grund hätte dann vorgelegen, gerade in dem hier erörterten Falle eine Abweichung von der Regel eintreten zu lassen? Die Rücksicht auf die etwaigen Nachmänner des Erbeutenden, an welche die Sache durch Rechtsgeschäft gelangen würde, konnte doch unmöglich massgebend sein, um so weniger, als in der fraglichen Stelle ihrer gar nicht gedacht wird; der Erbeutende selbst musste aber bei der Art seines Erwerbes darauf gefasst sein, dass möglicherweise Ansprüche Dritter auf die Sache geltend gemacht werden würden. Die ihm gewährte besondere Bevorzugung dient also nicht dem allgemeinen Verkehrs-, sondern lediglich seinem persönlichen

Interesse; sie würde daher — das materielle Princip der unbeschränkten Vindicabilität von gestohlenen, resp. geraubten Sachen vorausgesetzt — nur erklärlich sein, wenn man annähme, dass auch die Germanen, ebenso wie die Römer, „id maxime suum esse credebant, quod ab hostibus cepissent". Diese Anschauung würde nun zwar an sich dem kriegerischen Character des deutschen Volkes durchaus entsprechen, obgleich es immerhin auffallend bliebe, dass sie gerade in den Statuten einer Handelsstadt und zwar in einer Stelle zum Ausdruck gelangen sollte, welche nicht einmal den grossen königlichen Krieg, sondern die kleinen Fehden freier Herren voraussetzt. Die Analogie der römischen Rechtsidee trifft aber in Wahrheit nur zu, insofern es sich um den Verlust durch Erbeutung d. h. um die Nichtanerkennung, resp. den Untergang des Eigenthums des Feindes an den ihm abgenommenen Gegenständen handelt, während die citirte Bestimmung des Hamburger Rechts ihre Spitze nicht gegen den Feind kehrt, sondern gegen den Genossen, dem die Sache auf unrechtmässige Weise entrissen worden ist. Nach römischem Rechte hätte in dem hier erörterten Falle höchst wahrscheinlich entweder ohne Weiteres vindicirt oder ein ius postliminii geltendgemacht werden können. Dem gegenüber sollte das deutsche Recht einen unentgeltlichen Erwerb, als welchen sich die Erbeutung doch immerhin characterisirt, höher gestellt haben, als den „ehrlichen Aufwand auf die Sache" und ihm selbst da unbedingten Schutz gewährt haben, wo das Behalten der Sache seitens des Erbeutenden die positive Schädigung eines Genossen herbeiführen musste? Diese Annahme dürfte wenig Glaubwürdigkeit für sich haben.

Nach alledem scheint nur diejenige Lösung der hier interessirenden Frage übrig zu bleiben, welche sich als die Consequenz unserer eigenen oben entwickelten Ansicht ergiebt. Für uns existirt das materielle Rechtsprincip von der unbeschränkten Vindicirbarkeit gestohlener, resp. geraubter Sachen nicht; wir sind vielmehr von der Voraussetzung ausgegangen, dass das Anefangsverfahren nur dann zur Herausgabe der düve oder rove führen kann, wenn in demselben eine persönliche Verpflichtung des Anefangsbeklagten festgestellt wird. Die Abweichung von dieser Regel, welche beim Gewährszuge stattfindet, suchten wir auf die Eigenthümlichkeiten des letzteren als eines strafprocessualischen Instituts zurückzuführen; die gleiche Erklärung erschien

weiter auch bei der Einrede des Marktkaufs zutreffend, weil dieselbe nur ein Surrogat des Gewährszuges ist. Mit der letztgedachten Einrede hat nun die Behauptung, die Sache von einem Dritten im Kriege oder in der Fehde erbeutet zu haben, das gemein, dass auch sie durch die gewöhnlichen Beweismittel d. h. mit Zeugen dargethan wird. Hier hat aber diese Art der Beweisführung nicht den Charakter einer unter bestimmten thatsächlichen Voraussetzungen zugelassenen Ausnahme, sie ist vielmehr selbst die ausnahmslose Regel. Der Gedanke, dass auch der Erbeutende denjenigen, bei welchem er die Sache vorgefunden hat, als Gewähren gestellen könnte, ist dem deutschen Rechte völlig fremd, zunächst wahrscheinlich, weil die Zumuthung, von dem Feinde die Uebernahme der Gewährschaft zu verlangen, den Schicklichkeitsbegriffen der damaligen Zeit widersprach. Die Erfüllung einer diesbezüglichen Verpflichtung wäre aber weiter für den Erbeutenden in den meisten Fällen practisch undurchführbar und die Auferlegung derselben daher im höchsten Grade unbillig gewesen. Denn da der „Feind“ fast stets aus einer Mehrheit von Personen besteht, so ergiebt sich zunächst die Schwierigkeit, festzustellen, welche von diesen Personen zur Zeit der Wegnahme die Gewahrsam der Sache gehabt hat. Hat der Erbeutende aber wirklich den damaligen Inhaber von Angesicht kennen gelernt, so folgt daraus noch nicht, dass er über die Personalien desselben (Namen, Wohnort etc.) genau genug informirt ist, um ihn demnächst als Gewähren gestellen zu können. Diese Information einzuziehen, wäre wohl nur selten möglich gewesen; auch konnte etwas Derartiges gar nicht verlangt werden, da die Redlichkeit des Erbeutenden aus der Art seines Erwerbes von selbst hervorging, während z. B. der Käufer oder der Commodatar ein Complice des Diebes sein konnte. In den Quellen wird daher die Benennung desjenigen, welchem die Sache im Kriege oder in der Fehde weggenommen worden ist, resp. die Erklärung, dass derselbe unbekannt sei, zur Substantiirung der Einrede der Erbeutung niemals erfordert. Hiernach ergiebt sich aber, dass der Gewährszug zur processualischen Feststellung dieser Einrede nicht geeignet ist und deshalb bei ihr nicht Platz greift. Da somit ein „Schieben“ der Sache nicht stattfindet, der Erbeutende aber der auf dieblichen, resp. raublichen Verlust gestützten Anefangsklage gegenüber Dritter ist, liegt ein Rechtsgrund, welcher ihn zur Herausgabe verpflichten würde, nicht vor. Bei ihm muss

daher der Nachweis des Erwerbstitels ausser der Widerlegung der Diebstahlsbeschuldigung auch das Behalten der Sache zur Folge haben, und das wird durch die oben citirte Bestimmung der Hamburger Statuten bestätigt.

Es soll nun zwar zugegeben werden, dass die hier erörterte Einrede theils wegen ihres mehr oder weniger exceptionellen Characters, theils wegen der Beschaffenheit des uns zu Gebote stehenden Quellenmaterials für sich allein nicht ausreichen würde, um an ihr das Princip des Anefangsrechts nachzuweisen. Als eine willkommene Bestätigung unserer oben auf andere Grundlagen gestützten Ansicht darf es aber wohl betrachtet werden, dass in einem Falle, in welchem der von uns behauptete Grund für die „dingliche" Wirkung der Anefangsklage wegfällt, auch diese Wirkung selbst nicht eintritt.

§ 17.

(Schluss.)

V. Bei der Einrede des Erwerbs durch Erbschaft.

Ein Fall des Erwerbes einer beweglichen Sache von einem Dritten ist endlich der Erwerb durch Erbgang. Lediglich vom Standpunkte des Anefangsrechts betrachtet, steht dieser Fall auf derselben Stufe, wie der des Erwerbes von einem Lebenden. Der Nachweis des Erwerbes der in Anspruch genommenen Sache durch Erbgang genügt jedenfalls, um darzuthun, dass der Besitzer nicht der Dieb ist, andererseits ist aber durch denselben die klägerische Behauptung des objectiven Thatbestandes des Diebstahls an der Sache keineswegs widerlegt. Und zwar bleibt eine zwiefache Möglichkeit offen: Entweder ist der Erblasser des Besitzers der Dieb oder auch dieser befand sich in redlichem Besitze der Sache und einer seiner Vormänner hat die Sache widerrechtlich der Gewere des Klägers entzogen. Enthält nun, wie wir annahmen, die Anefangsklage eine Diebstahlsbezichtigung gegen den Besitzer der Sache, so wird dieser zunächst die Verpflichtung haben, den Beweis des Erwerbs durch Erbschaft zu erbringen; und hier liegt dann natürlich ein Fall abgeleiteten Erwerbes vor, bei welchem die Gestellung des Gewähren unmöglich ist, der Beweis also jedenfalls auf andere Art erbracht werden muss. Welche Wirkung nun aber eine derartige Beweisführung haben wird, ist zweifelhaft und ganz wesentlich von

Beantwortung der Frage abhängig, inwieweit der Erbe für die Delicte seines Erblassers haftet. Auf diese Frage hier näher einzugehen, ist natürlich unmöglich, obgleich sich das volle Verständniss der bezüglichen Quellenbestimmungen doch nur unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes gewinnen lässt. Mag der Erbe nun aber beschränkt oder unbeschränkt haften d. h. nur zum Ersatz des Vermögensschadens oder auch zur Leistung der Busse verpflichtet sein, so verlangt es jedenfalls die Billigkeit, dass ihm die Möglichkeit offen gelassen werde, sich den doch ihn treffenden Folgen der Anschuldigung gegen den Erblasser zu entziehen und letzteren von dem Verdachte des Diebstahls zu befreien. Hier würde dann also ein Fall vorliegen, in welchem dem Besitzer einer beweglichen Sache zugemuthet wird, den Erwerbstitel seines Vormannes nachzuweisen. Dass man aber von dem Erben wird verlangen können, dass er diesen Nachweis in gleicher Art führe, wie ihn der Erblasser selbst zu führen verpflichtet gewesen wäre, dass man insbesondere ihm die Gestellung des Gewähren des Erblassers wird auferlegen können, falls dieser die Sache durch Rechtsgeschäft erworben hat, lässt sich, wenn es auch der Rechtsconsequenz nach natürlich zu bejahen wäre, wegen der thatsächlichen Schwierigkeiten eines solchen Beweises, die ihn in vielen Fällen unmöglich machen würden, nicht ohne Weiteres annehmen. Einer solchen Anforderung würden doch erhebliche thatsächliche Schwierigkeiten entgegentreten, welche dieselbe in vielen Fällen unerfüllbar machten. Würde der Erbe auch für die Busse des Erblassers haften, so könnte man ihm nun gestatten, den redlichen Erwerb seines Vorfahren durch einen der Einrede des Marktkaufes analogen Beweis darzuthun. Würde dagegen der Erbe, welcher bereits nachgewiesen hat, dass er weder mit Rath noch mit That an dem Diebstahl schuldig sei, nur zur Herausgabe der Sache verpflichtet sein, so würde ein derartiges Vorbringen, wenn man daran dieselben Folgen wie an die Behauptung des Marktkaufes knüpfen wollte, einen practischen Erfolg für den Verklagten überhaupt nicht haben.

Unter den Quellenstellen [1]) der älteren Zeit bezieht sich auf unseren Fall Cap. II zur lex Salica c. 1:

[1]) Der nun noch folgende Theil des Paragraphen rührt von mir her. In den Notizen des Verfassers fand ich nichts als das Citat der nachstehend

De rebus in alode patres. Si quis super alterum de rebus in alode patris inventas intertiaverit, debet ille super quem intertiavit, tres testimonia mittere, quod in alode patris hoc invenisset, et altera trea, qualiter pater ipsas invenisset. Hoc si ficeret, poterit rem intertiata vindicare. Si istum non fecerit, mittat tres iuratoris quod in alode patris hoc invenisset; si hoc fecerit, se de damno causa eliberat; si nec istud fecerit, ille qui eas intertiaverit suo filtorto, et sic postea quod lex inde docet, aput quem eas invenit culpabilis iudicetur.

Für den Fall, dass jemand Sachen intertiirt und der Beklagte einwendet, er habe dieselben im Nachlass seines Vaters gefunden, unterscheidet diese Stelle drei Eventualitäten. Je nach der Art des vom Besitzer geführten Beweises gestalten sich die Folgen verschieden. Der Besitzer der Sache kann dieselbe für sich in Anspruch nehmen (poterit rem intertiata vindicare), wenn er beweisen kann, sowohl dass er sie im Nachlass gefunden habe, als auch wie sein Vater sie erwarb.[2]) Kann der Beklagte in der gesetzlich vorge-

besprochenen Stelle. Der Verfasser hätte vermuthlich auch die Quellen der späteren, insbesondere sächsischen Zeit zur Besprechung gezogen. Allein wenn ich auch im Interesse der Geschlossenheit der Darstellung eine eigene Interpretation des Capitulars zur lex Salica geben musste, glaubte ich doch aus naheliegenden Gründen auf die selbständige Durchforschung und Behandlung eines nicht unentbehrlichen Theiles des Quellenmaterials verzichten zu sollen. Der zweite Abschnitt der Arbeit, der die jüngere Gestaltung der Anefangsklage aus der älteren zu erklären unternommen hätte, würde den geeigneten Platz auch für die Erörterung der in diesem Paragraphen behandelten Frage nach den späteren sächsischen Quellen (vgl. Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 141—143. Planck, Gerichtsverfahren I S. 700. 703—705) geboten haben. Anmerkung des Herausgebers.

[2]) Dass für den Erblasser hier originärer Erwerb angenommen werde, kann man nicht mit Sohm (Process S. 114) daraus folgern, dass keines weiteren Zurückgehens auf einen Auktor des Erblassers gedacht wird. Das Beweisthema „qualiter pater ipsas invenisset“ kann vielmehr eben so wie einen originären, so auch einen derivativen Erwerb durch den Vater im Auge haben, und je nachdem das eine oder das andere der Fall war, dürfte sich dann die Art des Beweises bestimmt haben. Nach jüngerem sächsischem Recht (Richtst. Landr. 16 § 3) soll der Erbe beweisen, dass das gut „sines vorvaren geweset were“. Ob dieses die Art des Erwerbs durch den Vorfahren nicht erwähnende Beweisthema nur der Wortfassung nach von dem „qualiter pater ipsas (res) invenisset“ verschieden sei oder ob es einen thatsächlich abweichenden Rechtszustand darstelle, ist streitig. Vgl. einerseits

schriebenen Art nur soviel beweisen, dass er die Sache im Nachlass seines Vaters vorfand, so behält er dieselbe zwar nicht, ist aber frei von Diebstahlsbusse.[3]) Vermag er endlich auch das nicht zu beweisen, dass er die Sache im Nachlasse seines Vaters vorgefunden habe, so hat er die durch den Besitz der fremden, gestohlenen Sache gegen ihn begründete Präsumption der Thäterschaft nicht widerlegt, er ist des Anefangenden filtortus geworden[4]) und unterliegt den für den überführten Dieb im Gesetz angedrohten Rechtsfolgen.

Von diesen drei Fällen nun bieten der erste und der dritte im Verhältniss zu der in dieser Abhandlung vertretenen Auffassung der Anefangsklage durchaus keine Abweichung dar. Um die Sache behalten zu dürfen, muss der Beklagte denselben Beweis (mit Bezug auf die Person seines Vaters) erbringen, den er sonst für sich selbst zu führen hat. Nur dass natürlich für den Übergang der Sache von dem Erblasser auf ihn der Nachweis des Vorgefundenhabens in der Hinterlassenschaft genügt. Die vom Kläger durch Anstellung der Anefangsklage aufgestellte Behauptung des an der Sache begangenen Diebstahls ist hier von dem Beklagten vollkommen widerlegt. Dass der Inhaber, der weder den Erwerb seines angeblichen Erblassers, noch den eigenen Erwerb durch Erbschaft darthun kann, in Gemässheit der klägerischen Behauptung des Diebstahls für schuldig und zur Herausgabe der Sache sowie zur Erlegung der Diebstahlsbusse verurtheilt wird, ist nicht minder selbstverständlich; denn die vom Kläger durch Erhebung der Anefangsklage aufgestellte Behauptung des an der Sache begangenen Diebstahls ist hier von dem Beklagten weder in subjektiver, noch in objectiver Beziehung widerlegt.

Dagegen führt allerdings der an zweiter Stelle geregelte Fall zu einem Ergebniss, das unmittelbar aus der hier vertretenen Auffassung der Anefangsklage heraus nicht zu gewinnen ist. Wenn der Beklagte zwar seinen Erwerb durch Erbschaft, nicht aber auch den Erwerb seines Erblassers darzulegen vermag, so führt die Anefangsklage dazu, dass er die Sache herausgeben

Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 141, andererseits Planck, Gerichtsverfahren I. S. 704.

[3]) Vgl. Boretius bei Behrend, Lex Salica S. 93 N. 4.

[4]) Vgl. dazu oben S. 102 Note 55.

muss, von Strafe aber frei bleibt d. h. also sie führt die Wiedererlangung der gestohlenen Sache, nicht auch die Bestrafung des Besitzers als Diebes herbei. Indessen es liegt auf der Hand, dass aus dieser Bestimmung ein Schluss auf einen überhaupt reipersekutorischen Charakter der Anefangsklage eben so wenig gezogen werden darf, wie etwa aus den im Paragraphen 15 behandelten entsprechenden Vorschriften betreffend den Marktkauf. Dass der Nachweis, die Sache in der Erbschaft gefunden zu haben, nicht zu einer Abweisung des Klägers führen durfte, ist deutlich. Denn sie konnte ja durch Diebstahl des Erblassers an diesen gelangt sein, und die Beerbung stellte keine originäre Eigenthumserwerbsart dar.[5]) Dass aber der Mangel des Nachweises, wie der Erblasser die Sache erlangt habe, zur Verurtheilung des Erben als Diebes nach dem Klagvortrage hätte führen sollen, ist, wenn man es auch vielleicht als einen älteren Rechtszustand vermuthen darf, doch jedenfalls dem Rechtsbewusstsein einer Zeit nicht mehr adäquat gewesen, die, wie wir aus der ganzen Bestimmung des in Rede stehenden Kapitels sehen, in der Behandlung der Anefangsklage doch nicht mehr einen starr formalistischen Standpunkt einnahm. Der Erwerb durch Erbschaft brachte nach strengem Rechte den Erben in die Lage, möglicherweise über die Erlangung von Mobilien Rede stehen zu müssen, von denen er erst durch den Erbgang Kenntniss erhalten hatte. Handelte es sich um die Frage, ob diese Sachen durch Diebstahl an den Erben gelangt seien, so konnte man von dem Erben nicht verlangen, dass er, um nicht als Dieb zu erscheinen, einen Beweis antrete, den er sich vorher durch keine Sorgfalt hatte sichern können. Darum machte man dem Erben in Abweichung von dem strengen Recht der Anefangsklage die Konzession, dass er von der Diebstahlsinzicht sich schon durch den Beweis, die Sache im Nachlass gefunden zu haben, befreien konnte. Er hatte damit so zu sagen formell seine bona fides erwiesen, während er natürlich materiell noch immer Mitwisser des Diebstahls gewesen sein konnte. Aber der Erbe selbst konnte, wenn er sich auf den ihm gegenüber eingenommenen Standpunkt der Billigkeit statt des strengen Rechtes stellte, soviel nicht erwarten, dass sein Beweis der Nichtschuld am Diebstahl auch zugleich zum

[5]) Vgl. Sohm Prozess S.115. Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 141.

dauernden Behalten einer Sache führen würde, über deren Erwerb er eine weitere Auskunft nicht zu geben wusste, als dass sie sich im Nachlasse vorgefunden habe. Gerade hier war Veranlassung gegeben, mit der Strafrechtsfrage nicht auch zugleich die Civilrechtsfrage beantwortet sein zu lassen. Die aequitas wies darauf hin, dass beide Fragen getrennt gestellt und verschieden beantwortet werden müssten. Die Art, wie der zweite in unserer Stelle geregelte Fall behandelt ist, stellt sich somit dar als Ergebniss aus einem Compromiss zwischen dem strengen Recht und der Billigkeit aus besonderen, eben in diesem Falle vorhandenen Gründen. Ein Argument gegen die Regel, welche sich als das strenge Recht darstellt, wird daher unserer Stelle nicht wohl zu entnehmen sein.

§ 18.

Der Titel der Lex Salica über die Spurfolge.

Bis hierher haben wir die Interpretation einer Stelle aufgespart, welche in unserer nach dem Gange des Verfahrens geordneten Darstellung eigentlich bereits früher, nemlich im Anschlusse an § 4, hätte besprochen werden müssen. Indessen sind die Schwierigkeiten, welche der Titel der Lex Salica über die Spurfolge dem Verständnisse entgegensetzt, so gross, und weiter auch die Consequenzen, welche von anderer Seite aus demselben gezogen worden sind, so wichtig, dass es nothwendig erschien, an denselben erst nach gehöriger Vorbereitung heranzutreten. Aus diesem Grunde haben wir den Titel der Lex Salica „de vestigio minando“ bisher völlig bei Seite gelassen und den Versuch gemacht, denjenigen Verlauf des Anefangsverfahrens darzustellen, welcher nach der Mehrzahl der fränkischen Volksrechte als der durchaus regelmässige anzusehen ist. Fanden wir dabei nichts, was mit unserer Auffassung der Anefangsklage als einer Strafklage in Widerspruch stand, so bleibt uns jetzt noch übrig, zu untersuchen, ob das alte Recht der salischen Franken, wie von anderer Seite behauptet worden ist, das Anefangsverfahren in einer von unserem bisherigen Befunde durchaus verschiedenen

Gestalt aufweist, und ob es möglich ist, dass diese Gestalt unseres Rechtsinstituts den historischen Ausgangspunkt für dasselbe bildet.

Der Titel 37 der Lex Salica, den wir der Uebersichtlichkeit wegen in 3 Paragraphen eintheilen, lautet nach der Behrend'schen Ausgabe folgendermassen.

> De vestigio minando § 1. Si quis bovem aut caballo vel qualibet animal per furtum perdiderit, et eum dum per vestigio sequitur consequutus invenerit at in tres noctes illi qui eum ducit, emisse aut cambiasse dixerit vel proclamaverit, ille qui per vestigio sequitur res suas per tercia mane agramire debet. § 2. Si vero jam tribus noctibus exactis qui res suas requiret eas invenerit ille apud quem inveniuntur si eas emisse aut cambiasse dixerit, ipse liceat agramire. § 3. Si illo vero qui per vestigio sequitur quod se agnoscere dicit illi alii reclamantem nec offere per tertia manum voluerit nec solem secundum legem colocaverit et tulisse convincitur, MCC dinarios qui faciunt XXX solidos culpabilis judicetur.

Was zunächst die grammatische Interpretation dieser Stelle anbetrifft, so stimmen wir trotz der später von Neueren vorgebrachten Einwendungen und Conjecturen in allen wesentlichen Punkten mit dem überein, was Sohm bei der eingehenden Erörterung des Titels 37 in seinem Processe der Lex Salica ausgeführt hat.[1]) Insbesondere nehmen auch wir an, dass das so viel besprochene und so verschieden erklärte „agramire" identisch ist mit „fidem facere" und „geloben" bedeutet.[2]) Ebenso unterliegt es unserer Ansicht nach keinem Bedenken, dass „solem collocare" „die Sonne setzen" d. h. „bis zum Sonnenuntergang auf die Vornahme einer Handlung oder Leistung warten" heisst.[3]) Die Erklärung, welche Sohm[4]) von offere giebt, und nach welcher auch dieses Wort im übertragenen Sinne „ge-

[1]) Sohm a. a. O. S. 76 ff.

[2]) Vgl. auch die scharfsinnige Combination Loenings (Vertragsbruch S. 34 ff., dazu Sohm R. d. Eheschliessung S. 35 N. 24), durch welche das Material zur Erklärung des Wortes agramire um zwei wichtige Stellen vermehrt worden ist.

[3]) Vgl. Sohm, Process S. 87, Fränk. Reichs- u. Gerichtsverf. S. 363. 99. A. M. Siegel, Gesch. d. dtschn. Gerichtsverfahrens S. 47. 51 N. 15.

[4]) S. 81 f.

loben“ bedeutet, erscheint dagegen gewagt; einerseits beweisen nemlich die von Sohm zur Glaubhaftmachung seiner Interpretation angeführten Stellen sämmtlich nichts, während andererseits der bezügliche Passus unserer Stelle, wie unten dargethan werden soll, auch bei dem Festhalten an der wörtlichen Bedeutung von offere durchaus verständlich ist. Beistimmen möchten wir dagegen Sohm[5]) darin, dass das „per“ in den Worten „per tercia manu“ nicht in dem gewöhnlichen Sinne dieser Präposition zu fassen ist; es bedarf jedoch zur Begründung dieser Annahme weder des Hinweises darauf, dass bei dem Gebrauche von fidem facere der Gegenstand des Gelöbnisses regelmässig durch die Präposition „de“ eingeführt wird, noch des Nachweises, dass „per“ auch an anderen Stellen für „de“ gebraucht wird; vielmehr genügt einfach die Bezugnahme auf die bekannte Thatsache, dass die Präpositionen „per“ und „pro“ in den Quellen der fränkischen Zeit sehr häufig mit einander abwechseln, eine Thatsache, welche bereits in der Verwechselung der handschriftlichen Abbreviaturen eine genügende Erklärung findet. Jedenfalls nehmen auch wir mit Sohm „per tercia manu“ als gleichbedeutend mit „pro tercia manu“ und erklären demgemäss „per tercia manu agramire“ als „für das Dritthandverfahren geloben“. Bedenklich kann endlich noch bei der Interpretation Sohm's erscheinen, dass derselbe in dem ersten Satze der Stelle die Worte „res suas“ zu dem „qui per vestigium sequitur“ zieht und demgemäss übersetzt „der, welcher sich auf der Spurfolge nach seinen Sachen befindet, soll für das Dritthandverfahren geloben“. Dass diese Erklärung möglicherweise die richtige ist, kann zwar nicht bestritten werden[6]); es muss jedoch schon hier darauf hingewiesen werden, dass die Worte res suas vielleicht auch nicht zu dem Relativsatze, sondern zu dem „per tercia manu agramire“ gehören, sodass also zu übersetzen wäre „der Spurfolgende soll seine Sachen für das Dritthandverfahren geloben“. Es wird sich im weiteren Verlaufe dieses Paragraphen zeigen, dass diese Interpretation deshalb den Vorzug von derjenigen Sohm's verdient, weil dieselbe einerseits mit dem für das Wort „agramire“ nachweis-

[5]) S. 83 f.

[6]) Aus dem folgenden „qui res suas requiret“ kann kein Argument dafür genommen werden, da requiret ein Object erfordert, während per vestigium sequitur auch ohne ein solches stehen kann.

baren Sprachgebrauche durchaus übereinstimmt, und weil andererseits bei Zugrundelegung dieser Uebersetzung gerade der Punkt in unserer Stelle deutlicher hervorgehoben sein würde, auf welchen es, wie unserer Ansicht nach in Rücksicht auf den Gesammtinhalt der Stelle ohnehin anzunehmen ist, in derselben wesentlich ankommt. Da jedoch das Nähere hierüber erst unten ausgeführt werden kann, soll diese Frage vorläufig offen gelassen werden. Bemerkt soll nur noch werden, dass sich auch in dem dritten Satze des Titels das gleiche Bedenken wiederholt, insofern nemlich auch hier zweifelhaft sein kann, ob der Passus „quod se agnoscere dicit" zu dem vorhergehenden „qui per vestigio sequitur" gehört oder zu dem nachfolgenden Satze zu ziehen ist; mir erscheint das Erstere wenig wahrscheinlich, da eine so umständliche Bezeichnung der Person des Spurfolgenden kaum zu erwarten ist. Ich nehme daher auch hier an, dass die gedachten Worte dem nachfolgenden Satze vorangestellt sind und zunächst als Object zu „reclamantem" zu betrachten, demnächst aber auch bei „offerre" und „tulisse" als solches wieder stillschweigend zu ergänzen sind.

Um keinen Zweifel bezüglich der Grundlage für die nachfolgende Untersuchung über unsere Stelle zu lassen, soll hier zunächst eine wortgetreue Uebersetzung derselben vorangeschickt werden.

„Wenn Jemand einen Ochsen, ein Pferd oder irgend ein anderes Thier durch Diebstahl (resp. auf heimliche Weise[7]) verloren hat und dasselbe (das gestohlene Thier) auf der Spurfolge innerhalb dreier Nächte findet, der Besitzer (ille, qui eum ducit) dasselbe aber durch Kauf oder Tausch erworben zu haben hehauptet, dann soll der Spurfolgende seine Sachen für das Dritthandverfahren geloben (oder: derjenige, welcher der Spur seiner Sachen folgt, für das Dritthandverfahren geloben). Findet aber derjenige, welcher seine Sachen sucht, dieselben erst nach Ablauf von 3 Nächten, so soll es demjenigen, bei dem dieselben gefunden werden, falls er Kauf oder Tausch behauptet, freistehen, selbst zu geloben. Will dagegen der Spurfolgende, wenn der Andere, was jener zu erkennen behauptet, für sich in Anspruch nimmt, nicht für das Dritthandverfahren anbieten und hat er ihm auch nicht die Sonne gesetzt, wird er vielmehr überwiesen, ihm die

[7]) Vgl. Sohm, Process S. 61.

Sache gewaltsam weggenommen zu haben, so soll er zu einer Busse von 30 sol. verurtheilt werden".

Soweit die eigentliche grammatische Interpretation unserer Stelle. Trotz der grossen Meinungsverschiedenheit, welche bezüglich der Uebersetzung einzelner Worte und Wendungen des Titel 37 herrscht oder geherrscht hat[8]), ist nun, was den Inhalt der Stelle betrifft, zu constatiren, dass in dieser Beziehung die verschiedenen Erklärungen in ihrem Resultate keineswegs weit von einander abweichen. Soviel ist nemlich von vorneherein klar, dass unsere Stelle zwei Fälle einander gegenüberstellt, den nemlich, dass die gestohlene Sache auf der Spurfolge vor Ablauf von 3 Nächten, und den, dass sie nach Ablauf von 3 Nächten gefunden wird. Weiter ergiebt dann die Strafbestimmung in dem letzten Satze, dass den Spurfolgenden dann eine Busse trifft, wenn er ohne „offerre per tercia manu" und ohne „solem colocare" die gestohlene Sache gewaltsam an sich nimmt. Aus diesem klaren Inhalt der Stelle ergiebt sich dann unschwer der Schluss, dass der Spurfolgende, wenn er die ihm entwendete Sache vor Ablauf von 3 Nächten antrifft, dieselbe dem Besitzer wegnehmen kann, während ihm nach Ablauf von 3 Nächten diese Befugniss nicht mehr zustehen soll, und hierauf kommen denn auch fast sämmtliche Erklärungen unserer Stelle hinaus. Weiter als bis zu diesem Punkte geht die Einmüthigkeit der Schriftsteller allerdings nicht, und ebenso wie der Weg im Einzelnen verschieden ist, auf welchem sie zu diesem Resultate gelangen, herrscht auch über die inneren Gründe und die Tragweite des aus unserer Stelle gewonnenen Rechtssatzes die grösste Unklarheit.

Wir können uns hier nur mit derjenigen Ansicht über die Bedeutung des Tit. 37 beschäftigen, welche auf dem Boden derselben wörtlichen Erklärung dieser Stelle steht, und das ist allein die Ansicht Sohm's.[9])

Sohm verbindet nun in Uebereinstimmung mit Siegel den

[8]) Wie aus dem Manuskript hervorgeht, beabsichtigte der Verfasser diese Meinungsverschiedenheiten in Anmerkungen zu den einzelnen Worten der vorstehend gegebenen Uebersetzung der Stelle kritisch zur Darstellung zu bringen; aus dem vorliegenden Material lässt sich diese Darstellung aber leider nicht mehr geben. Anm. des Herausgebers.

[9]) Process der Lex Salica S. 76 ff.

ersten Satz unserer Stelle mit dem dritten Satze derselben. Er findet demgemäss in ihr zunächst ausgesprochen, dass der Spurfolgende, welcher seine Sache vor Ablauf von 3 Nächten findet, zum agramire per tercia manu und solem collocare gelangt und dann zur Wegnahme der Sache berechtigt ist, dass dagegen die ohne agramire und solem collocare erfolgte Wegnahme auch, wenn die Sache vor Ablauf von 3 Nächten angetroffen wird, unrechtmässig und strafbar ist. Aus diesem Satze zieht Sohm dann weiter den Schluss, dass der Titel 37 der Lex Salica ein Verfahren behandelt, welches von dem in den übrigen Volksrechten und in der Lex Salica selbst (Titel 47) geschilderten Anefangsprocesse specifisch verschieden ist, und sich nicht als Delicts-, sondern als executivisches, also jedenfalls principiell civilprocessualisches Verfahren characterisiren soll. Diese „executivische Vindication" steht dann auf gleicher Stufe mit dem executivischen Process, welcher nach der Ansicht Sohm's im altsalischen Rechte aus der fides facta und res praestita, sowie gegen den homo migrans stattfand. In Uebereinstimmung mit diesen Processgattungen soll dieselbe zunächst ein wesentlich einseitiges Verfahren sein; daraus, dass der Kläger zum agramire gelangt, soll sich ergeben, dass er und zwar er allein zum processualischen und speciell gerichtlichen Handeln gelangt. Worin bestand nun aber die gerichtliche Handlung, welche zu versprechen der Zweck und der Gegenstand des agramire bildet? Da hierüber unsere Stelle selbst keine Auskunft giebt, so kann hier die Hypothese einsetzen, und Sohm glaubt deshalb, den Inhalt des Titels de fide facta auf das vor dem Ablauf von 3 Nächten eintretende Intertiationsverfahren gewissermassen utiliter anwenden zu dürfen. Er behauptet demgemäss, jene gerichtliche Handlung könne unmöglich in einer Beweiserbringung bestanden haben; diese Annahme sei schon deshalb gänzlich ausgeschlossen, weil der Kläger nach den Volksrechten in dem Anefangsprocesse stets beweisfrei sei. Vielmehr dürfe auch hier, wie bei den übrigen executivischen Processarten, nur an einen Beglaubigungsact, an die Erwirkung der richterlichen Erlaubniss zur Zwangsvollstreckung gedacht werden. Diesem Acte folgt dann die aussergerichtliche Beitreibung nach vorangegangener solis collocatio, und damit erreicht das Verfahren seinen Abschluss.

Innerhalb des kunstvollen und sinnreichen Gebäudes, welches das Sohm'sche System des altsalischen Processrechts darstellt,

liegt nun das Schwergewicht dieser Erklärung des Titel 37 in den formell-processualischen Ausführungen Sohm's, nach welchen in der „executivischen Vindication" ein Mittelglied gefunden wäre, welches das reine Beitreibungsverfahren mit dem reinen Delictsprocess verbindet. Für uns ist jedoch die Interpretation Sohm's in anderer Beziehung von viel grösserem Interesse. Würde dieselbe nemlich richtig sein, so wäre damit dargethan, dass das Anefangsverfahren in ältester Zeit in einer Gestalt begegnet, in welcher als der einzige und für die principielle Auffassung jedenfalls allein massgebende Zweck die Wiedererlangung der gestohlenen Sache erscheint. Das ergiebt sich daraus, dass nach der Ansicht Sohm's das ganze Verfahren als überflüssig abgeschnitten wird, wenn der Besitzer sich zur Herausgabe der Sache bereit erklärt, weiter daraus, dass die den Anefangsbeklagten treffende Busse zunächst wegen der Weigerung der Herausgabe der Sachen und nur nebenbei zur Sühne des Diebstahls verfällt, endlich daraus, dass die Erörterung der Diebstahlsfrage in diesem Processe vollständig ausgeschlossen ist. Und dafür, dass dieses der Fall ist, scheint dann noch besonders die Parallelstelle der Lex Ribuariorum zu sprechen:

> Lex Rib. 47, 1 si quis animal suum per vestigium sequerit, et usque tercio die ad domo cuius vel in qualibet loco eum invenerit, liceat ei absque intertiato revocare.

Bei dieser Auffassung wäre also unsere Ansicht, nach welcher der Anspruch auf Herausgabe der gestohlenen Sache nur als ein Accessorium der in der Anefangsklage liegenden Diebstahlsbeschuldigung erscheint, bei dem altsalischen Intertiationsverfahren, welches bei Auffindung der Sache vor Ablauf von 3 Nächten nach dem Abhandenkommen eintritt, undurchführbar. Die materielle Grundlage für die von Sohm behauptete Art des Verfahrens könnte also nicht mehr die Diebstahlsinzicht, sondern lediglich ein Recht des Bestohlenen sein, die entwendete Sache, wo er sie findet, wieder an sich zu nehmen. Diese Feststellung würde aber für die gesammte historische Betrachtung der Anefangsklage von um so grösserer Bedeutung sein, wenn jene executivische Form des Intertiationsverfahrens die ältere wäre und sich aus ihr der contradictorische mit gleichzeitiger Verhandlung über die Delictsfrage erst herausgebildet hätte. Dass die Entwickelung in dieser Art zu denken ist, hat Sohm in seinem Process der

Lex Salica wenigstens angedeutet[10]), während Heusler[11]) dieses geradezu ausgesprochen hat.

Es ist nun klar, dass unsere Auffassung von der rechtlichen Bedeutung der Anefangsklage mit Nothwendigkeit auf die Annahme hinweist, dass die Delictsfrage, je weiter wir in der Entwicklung unseres Rechtsinstituts zurückgehen, eine um so grössere Bedeutung für die Gestaltung des ganzen Anefangsverfahrens haben musste. Die Widerlegung der Sohm-Heusler'schen Conjectur über das Herauswachsen unseres Rechtsinstituts aus einem reinen Beitreibungsverfahren ist daher für die Sicherstellung unseres bisher gewonnenen Resultates wesentlich erforderlich.

Zunächst scheint nun aber die Ansicht Sohm's zu sehr nur als eine geistvoll begründete Hypothese; sie beruht auf der scharfsinnigen Combinirung einiger in der Lex Salica verstreuter Andeutungen und dürfte doch nicht so sicher fundirt sein, dass durch sie eine auf Grund der sämmtlichen übrigen Quellen gewonnene Auffassung in Frage gestellt werden könnte. Um Sohm beizustimmen, müssten wir zunächst mit ihm annehmen, dass in der Zuertheilung des agramire an den Kläger stillschweigend die vollständige Ausschliessung des Beklagten von der Vertheidigung angeordnet ist, und wir müssten ferner zugeben, dass dasjenige, was unsere Stelle nicht enthält und was doch das eigentlich Wesentliche ist, nach der Analogie des Titels „de fide facta" zu ergänzen sei. Dafür bietet aber der Titel 37 selbst nicht den entferntesten Anhalt. Wenn wir jedoch Sohm wirklich bis zu diesem Punkte folgen, dann gelangen wir erst recht auf das Gebiet der Hypothese; denn das Verfahren de fide facta ist noch immer ein ungelöstes Räthsel, und die Ansicht, welche Sohm über diese Processart aufgestellt hat, ist durch die Untersuchungen Behrend's[12]) zum mindesten sehr in Frage gestellt. Die Folgerung, die wir hieraus für uns ziehen, ist: Selbst wenn wir unsere Kritik der Sohm'schen Interpretation des Titels 37 der Lex Salica mit einem „non liquet" abschliessen müssten, könnte aus dieser dunklen Stelle unmöglich ein Argument gegen die von uns auf Grund der übrigen Quellen entwickelte Auffassung des Anefangs-

[10]) Sohm a. a. O. S. 96. 116.

[11]) Heusler, Gewere S. 492 f.

[12]) In den Festgaben für Heffter S. 68 ff.

verfahrens entnommen werden. Vielmehr glauben wir unsererseits berechtigt zu sein, bei der Erklärung des gedachten Titels von denjenigen Regeln auszugehen, welche nach den Bestimmungen der übrigen Volksrechte und der Lex Salica selbst für das Anefangsverfahren massgebend sind, und für die grundsätzliche Uebereinstimmung der Vorschriften des Titels 37 mit denselben zu präsumiren. Bei der Feststellung der einzelnen Abweichungen wird sich dann zeigen, welches der wahre Inhalt dieses Titels ist; dafür, von vorneherein eine principielle Verschiedenheit des in ihm behandelten Verfahrens von dem gewöhnlichen Anefangsprocesse zu vermuthen, wie dieses bei Sohm geschieht, liegt nicht die entfernteste Veranlassung vor.

Die Ansicht Sohm's ist aber nicht einmal dann unanfechtbar, wenn wir von den übrigen Quellenbestimmungen absehen und uns lediglich auf die enge und zweifelhafte Grundlage beschränken, welche der Titel 37 darbietet. Im Gegentheil ergeben sich aus dieser Stelle selbst eine ganze Reihe von Bedenken, welche sich der Interpretation Sohm's entgegenstellen und dieselbe als eine höchst gewagte erscheinen lassen.

Zunächst ist Sohm zu der Annahme genöthigt, dass zwischen dem „agramire“ des Klägers einerseits und dem „solem collocare“, resp. der sich an dieses anschliessenden Wegnahme der geanefangten Sache andererseits ein gerichtlicher Termin liegt. Davon ist jedenfalls in unserer Stelle selbst kein Wort enthalten, und Sohm ist zu diesem Satze auch nur dadurch gelangt, dass er die Bestimmungen über das Verfahren ex fide facta analog auf die sogenannte „executivische Vindication“ anwendet. Wie bei dem Schuldbeitreibungsprocess der Lex Salica der aussergerichtlichen testatio der gerichtliche Termin folgt, in welchem das nexti cantichio gegen den Schuldner ausgesprochen wird, ebenso soll auch bei dem vor Ablauf von drei Nächten eintretenden Anefangsprocesse vor der Zwangsvollstreckung die richterliche Erlaubniss zu derselben in einer dazu bestimmten Gerichtsverhandlung erwirkt werden.

Aus unserer Stelle wird aber gerade das Gegentheil wahrscheinlich. Das agramire des Klägers findet nemlich unstreitig ebenso wie das agramire des Beklagten bei dem aussergerichtlichen Anefang statt. Weiter ist es gewiss kein nothwendiges Erforderniss der solis collocatio, dass derselben ein gerichtlicher Verhandlungstermin vorausgehe; vielmehr ergiebt sich bei der

m. E. richtigen Erklärung des Titels de re praestita, dass die solis collocatio stattfinden konnte, bevor der Rechtsstreit vor dem Richter anhängig war. Wenn nun der dritte Satz des Titels 37 dem Spurfolgenden eine Busse für den Fall androht, dass er weder geloben will noch die Sonne setzt, sondern die Sache ohne Erfüllung dieser Formalitäten wegnimmt, so hat doch diese Bestimmung sicherlich den Fall vor Augen, dass die Wegnahme sofort in dem Zeitpuncte erfolgt, in welchem zunächst das agramire geleistet werden müsste, d. h. bei dem aussergerichtlichen Anefang selbst. In dieser rein thatsächlichen Voraussetzung stimmt der Schlussparagraph des Titels 37 mit der Vorschrift des Titels 61 § 3 der Lex Salica jedenfalls überein. Es würde nun freilich nicht ohne Weiteres zulässig sein, aus dem § 3 Tit. 37 mittelst eines argumentum ex contrario schliessen zu wollen, dass auch die straflose und erlaubte Wegnahme der mit Anefang belegten Sache d. h. diejenige, welche nach Erfüllung der beiden Erfordernisse des agramire und solem collocare stattfindet, dem Anefang unmittelbar nachfolgt; sofern uns aber nicht das Gegentheil bewiesen wird, werden wir allerdings dafür präsumiren müssen, dass es sich so verhält. Diese Annahme wird aber ganz besonders durch die Erwägung unterstützt, dass die Lex Salica, wenn wirklich ein gerichtlicher Termin der Wegnahme der mit Anefang belegten Sache vorausgehen müsste, unzweifelhaft deutlich gesagt hätte, dass die in diesem Termin vorzunehmende, gerichtliche Handlung des Klägers, resp. die Seitens des Gerichts zu erlassende Entscheidung die Vorbedingung für die Straflosigkeit und Erlaubtheit der Wegnahme der geanefangten Sache ist. Ebenso sagt auch die Stelle, welche Sohm bei der Erklärung des § 3 Tit. 37 zu Grunde legt, nemlich cap. I zu Lex Salica § 10, nicht, dass die Pfändung ohne testatio resp. mannitio bussfällig mache, sondern dass denjenigen Strafe treffe, der sine iudice pignoraverit antequam eum nexti canthe chigio. Es wäre doch unerklärlich, warum die Lex Salica, wenn wirklich bei der executivischen Vindication etwas dem nexti canthe chigio Aehnliches vorkäme, an Stelle dessen das lediglich zur Vorbereitung des gerichtlichen Termins dienende agramire als rechtliche Voraussetzung für die Straflosigkeit der aussergerichtlichen Zwangsvollstreckung aufgeführt hätte. Wer die Ansicht Sohm's acceptirt, muss aber überhaupt annehmen, dass der Titel 37 gerade dasjenige, worauf es in dieser Stelle am meisten ankommen und worin

sich die Eigenartigkeit des vor Ablauf von 3 Nächten eintretenden Verfahrens am deutlichsten zeigen würde, absichtlich verschwiegen hat. Für die Annahme, dass ausser dem agramire und solem collocare noch eine weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit der aussergerichtlichen Wegnahme der Sache nothwendig ist, liegt daher kein Anhalt vor, und es steht daher auch nichts entgegen, zu supponiren, dass auch die erlaubte Wegnahme sofort bei dem Anefang erfolgen darf. Weiter lassen die Ausführungen Sohm's die Frage aufwerfen, was denn eigentlich der Gegenstand des klägerischen „agramire" gewesen sei. Die Antwort Sohm's „eine gerichtliche Handlung, welche keine Beweishandlung ist, sondern lediglich zur formellen Beglaubigung des klägerischen Vorgehens und zur Erwirkung der richtlichen Erlaubniss zur Vornahme der Zwangsvollstreckung dient" kann unmöglich befriedigen. Das einzige Argument, welches Sohm für diese Hypothese anführt, dass nemlich der Kläger in dem Anefangsverfahren, auch in dem contradictorischen, beweisfrei gewesen sei, trifft nicht zu. Denn, wenn wir, wie aus unseren früheren Untersuchungen hervorgeht, diesen Satz selbst im Allgemeinen gern acceptiren, so müssen wir doch in Abrede stellen, dass derselbe auf ein Verfahren anwendbar ist, welches unter den Regeln der executivischen Vindication Sohm's steht. Der Grund der Beweisfreiheit des Anefangsklägers war nach unserer Ansicht einerseits in der Einseitigkeit des Beweises, andererseits in dem Beweisvorrang des Beklagten im altgermanischen Processe zu suchen. Wenn nun bei der executivischen Vindication das letztgedachte Princip ausnahmsweise ausser Kraft tritt und der Beklagte von dem Reinigungsbeweise ausgeschlossen ist, so würde nichts entgegenstehen, wenigstens den Kläger zum Beweise zuzulassen. Zur Aufnahme dieses Beweises würde aber um so mehr Veranlassung vorliegen, als in der Weigerung, die Sache herauszugeben, jedenfalls ein Bestreiten des Klagefundaments vorliegt, ganz besonders aber deshalb, weil die Zulässigkeit des executivischen Verfahrens daran gebunden ist, dass noch nicht 3 Tage seit dem Abhandenkommen der Sache verflossen sind. Diese wesentliche Voraussetzung für das Vorgehen des Klägers in der executivischen Processform müsste doch zum mindesten zur processualischen Feststellung gelangen.

In Wahrheit giebt der Titel 37 für die Frage, welches der Gegenstand des klägerischen „agramire" gewesen sei und wie

sich demgemäss das weitere Verfahren gestaltet habe, nur einen Anhalt, den nemlich, dass dasselbe „per tercia mane“ erfolgt d. h. also das Anefangsverfahren betrifft. „Tercia manus“ halten wir nun zwar ebenso wie Sohm[13]) für eine ganz allgemeine Bezeichnung des Anefangsverfahrens, welches diesen Namen deshalb erhalten hat, weil es die geanefangte Sache regelmässig an die dritte Hand bringt. Wir glauben aber nicht, dass dieser Ausdruck in der Lex Salica bereits soweit ein technischer ist, dass man die ursprüngliche Beziehung desselben zu dem Gewährszuge schon vergessen hat; vielmehr wird man sich dessen sehr wohl bewusst gewesen sein, dass das Anefangsverfahren gerade und nur wegen des in ihm stattfindenden Gewährszuges „tertia manus“ heisst. Was ergiebt sich aber aus dieser Erwägung? Wenn die Ansicht Sohm's richtig wäre, so würde die Lex Salica nicht bloss verabsäumt haben, uns über die Eigenthümlichkeiten der „executivischen Vindication“ aufzuklären, sie würde auch noch versucht haben, uns irrezuführen, indem sie in der einzigen Andeutung über ein Verfahren, dessen charakteristisches Merkmal gerade in der Ausschliessung der dritten Hand liegt, dasselbe als „tercia manus“ bezeichnet. Das erscheint aber kaum glaublich, umsoweniger, als der erste Satz des Tit. 37 gerade den Fall voraussetzt, dass der Anefangsbeklagte Erwerb der Sache durch Kauf oder Tausch behauptet d. h. also auf den Gewähren zieht. Wenn Sohm[14]) ohne Weiteres erklärt, dass dieser Einwand bei dem vor Ablauf von 3 Nächten eintretenden Verfahren als thatsächliche Behauptung nicht zur Geltung kommt, sondern lediglich als Weigerung gegenüber dem erhobenen Anspruche die Voraussetzung für den Beginn der Zwangsvollstreckung giebt, so bietet sich in der Lex Salica für diese Annahme gewiss kein Anhalt; vielmehr müsste es selbst bei Vergleichung des sonstigen Sprachgebrauchs dieses Volksrechts als eine höchst incorrecte Ausdrucksweise erscheinen, wenn in dem ersten Satze das, was Sohm in denselben hineinlegt, hätte gesagt werden sollen. In Wahrheit interpretirt Sohm bei seiner Erklärung auch die Lex Salica nicht aus sich selbst heraus, sondern aus der Lex Ribuariorum, welche in der oben citirten Stelle besagt, dass der

[13]) S. 84.

[14]) S. 88.

Spurfolgende, der seine Sache vor Ablauf von 3 Nächten im Besitze eines Dritten antrifft, dieselbe „absque intertiato revocare“ darf. Zugegeben, dass in dieser ribuarischen Bestimmung wirklich, wie Sohm annimmt, die Ausschliessung des Gewährszuges angeordnet ist, so würde doch hieraus noch nicht folgen, dass auch der dem c. 47 § 1 der Lex Ribuariorum unzweifelhaft zu Grunde liegende Tit. 37 der Lex Salica die gleiche Vorschrift enthält. Denn es ist ja bekannt, dass diejenigen Stellen des salfränkischen Volksrechts, welche bei Abfassung der Lex Ribuariorum benutzt wurden, häufig in so veränderter Gestalt herübergenommen worden sind, dass ihr ursprünglicher Inhalt dabei vollständig verloren gegangen ist. Man braucht z. B. nur den Titel der Lex Salica „de' rem pristitam“ (52) und den Titel gleichen Rubri in der Lex Ribuariorum, von denen der eine die Darstellung einer eigenthümlichen Processart, der andere eine Strafbestimmung wegen Vertragsbruchs enthält, mit einander zu vergleichen, um sich davon zu überzeugen, wie verschieden die Parallelstellen der beiden fränkischen Volksrechte trotz des unzweifelhaft feststehenden Abhängigkeitsverhältnisses des bezüglichen Theils der Lex Ribuariorum zu der Lex Salica sein können. Was speciell Lex Rib. 47, 1 betrifft, so würde sich eine vollständige Abweichung dieser Stelle von ihrer Quelle schon dadurch leicht erklären, dass dem ribuarischen Anefangsprocess dasjenige Institut, welchem in Tit. 47 der Lex Sal. die entscheidende Bedeutung eingeräumt wird, nemlich das „agramire“ völlig unbekannt ist; denn davon, dass der Kläger oder auch nur der Beklagte bei dem Anefang ein Gelöbniss abzulegen hat, wird in der Lex Ribuariorum nirgends etwas erwähnt. Man könnte aber einwenden, die Präsumption spreche dafür, dass die Lex Ribuariorum bei ihrem nahen Verwandtschaftsverhältniss zu der Lex Salica den wesentlichen, in dem Tit. 37 enthaltenen Rechtssatz herausgehoben und jedenfalls etwas mit dem salfränkischen Rechte inhaltlich Uebereinstimmendes angeordnet habe. Aber auch dieses Argument ist unserer Meinung nach nicht geeignet, die Sohm'sche Erklärung des Titels 37 zu unterstützen. Denn es kann nicht zugegeben werden, dass in dem „absque intertiato revocare liceat“ der Lex Ribuariorum ausgesprochen ist, der Anefangskläger könne seine Sache zurückfordern, ohne dass Beklagter auf den Gewährszug provociren darf. „Intertiare“ nebst den hiervon abgeleiteten Worten bedeutet in den Quellen niemals „Gewährszug“, sondern überall,

wo es uns begegnet „Anefang“; es ist sogar zweifelhaft, ob diese Bezeichnung auf das ganze Anefangsverfahren bezogen werden kann oder nicht vielmehr lediglich den Einleitungsakt bezeichnet. „Absque intertiato revocare“ heisst demgemäss nicht, „ohne Gewährszug“, sondern „ohne Anefang zurückfordern“, hat also einen viel weitergehenden Inhalt, als Sohm annimmt. Da nun in der Lex Salica aus dem „per tertia mane agramire“ mit voller Bestimmtheit hervorgeht, dass ein Anefangsverfahren auch bei der Auffindung der Sache vor Ablauf von 3 Nächten stattfindet, so ist es klar, dass die beiden Stellen allerdings einen verschiedenen Rechtssatz enthalten müssen.

Nach den hier angestellten Erwägungen scheint mir die Erklärung, welche Sohm von dem Titel 37 giebt, nicht bloss keine sichere beglaubigte zu sein; es stehen ihr vielmehr so gewichtige Bedenken entgegen, dass es unmöglich erscheint, diese Interpretation zu acceptiren. Es soll daher unter Zugrundelegung derselben Uebersetzung, von welcher Sohm bei seinen Ausführungen über die obige Stelle ausgegangen ist, eine andere Erklärung des Titels 37 versucht werden, die sich von den soeben hervorgehobenen Mängeln thunlichst frei hält. Und zwar werden wir unser Augenmerk wesentlich darauf zu richten haben, einerseits das unterscheidende Merkmal zwischen den beiden in dem Titel 37 einander gegenüber gestellten Fällen in dem Momente zu finden, welches von der Lex Salica selbst als solches hervorgehoben wird, andererseits aber dasjenige, was der Gesetzgeber in der Stelle übergeht, in der Art zu ergänzen, dass das Schweigen des Tit. 37 als vollständig selbstverständlich erscheint.

Die verschiedene Behandlung der beiden Fälle, dass der Spurfolgende die ihm entwendete Sache vor oder nach Ablauf von 3 Nächten in dem Besitze eines Dritten findet, tritt nach dem klaren Inhalt des Titels 37 darin hervor, dass in dem ersteren Falle der Kläger, in dem letzteren der Beklagte zum agramire gelangt. Lassen wir nun vorläufig dahingestellt, welchen Inhalt das von dem Kläger oder dem Beklagten abzulegende Gelöbniss hatte, und fragen wir zunächst nach dem Einflusse, welchen die Ableistung der fides facta seitens der einen oder der anderen Partei für die processualische Stellung derselben hatte, so ergiebt sich aus dem Gesammteindrucke der Stelle und dem „liceat agramire“ insbesondere jedenfalls, dass die Zulassung zum agramire, obgleich damit zunächst die Uebernahme einer Verpflichtung

verbunden ist, als ein processualischer Vorzug erscheint. Welcher Art aber der Vortheil war, den die gelobende Partei durch das agramire erlangte, ist in Tit. 37 nicht ausdrücklich oder mit deutlichen Worten gesagt. Den einzigen Anhalt dafür bietet der Schlusssatz, in welchem dem Kläger eine Busse für den Fall angedroht wird, dass er dem Beklagten die Sache wegnimmt, ohne zu „agramire“ oder „solem collocare“. Indem wir auf unsere obigen gegen Sohm gerichteten Ausführungen hinweisen, ziehen wir aus diesem Satze, vorbehaltlich einer späteren Correctur, vorläufig den Schluss, dass der Kläger, wenn er sich zum agramire erbot und dem Beklagten die Sonne setzte, dem Letzteren die in seinem Besitze befindliche Sache sofort wegnehmen konnte. Hiernach würde also die Zulassung des Klägers zum „agramire“ identisch sein mit der Einräumung des Rechts, die Sache in seinen Besitz zu nehmen, die des Beklagten, dieselbe seinerseits in seinem Besitze zu behalten.

Die juristische Bedeutung, welche dieser Zuerkennung des Besitzes an die eine oder die andere Partei, je nachdem eine längere oder kürzere Frist seit dem Abhandenkommen verflossen ist, zukommt, kann nun natürlich nur festgestellt werden, wenn wir den Einfluss dieser Frage auf den weiteren Fortgang des Anefangsverfahrens kennen. Hierüber enthält nun weder unsere Stelle, noch irgend eine andere Bestimmung der Lex Salica eine Vorschrift, und es fragt sich daher, was aus diesem Schweigen zu folgern ist. Am sichersten werden wir hier das Richtige treffen, wenn wir annehmen, dass die Lex Salica diesen Punkt deshalb übergangen hat, weil sie über denselben nichts zu sagen hatte. Mit anderen Worten: Da als Gegenstand der fides facta des Klägers in dem Tit. 37 die „tertia manus“ d. h. das Dritthandverfahren angegeben ist, da kein Anhalt dafür vorliegt, dass dieses Verfahren sich bei Auffindung der Sache in seinem weiteren Verlaufe irgendwie anders gestaltet habe, als es in Tit. 47 der Lex Salica geschildert wird, so erscheint uns als die einzig zulässige und jedenfalls am meisten Glaubwürdigkeit verdienende Annahme, dass die Länge der zwischen dem Abhandenkommen der Sache und dem Anefang liegenden Zeit, resp. die hiernach geregelte Zuertheilung des agramire überhaupt keinen Einfluss auf die weitere Gestaltung des Anefangsverfahrens hat. Insbesondere nehmen wir also an, dass auch bei dem nach Ablauf von 3 Nächten erfolgten Anefang der Beklagte in seiner Ver-

theidigung in keiner Weise beschränkt ist, vielmehr wenn er Erwerb von einem Dritten durch Kauf oder Tausch behauptet, auch zum Gewährszuge berechtigt ist. In Abrede stellen wir dagegen, dass durch Zuertheilung des agramire an den Kläger diesem die Befugniss zu einem durchaus einseitigen Vorgehen gegen den Beklagten gegeben wird. Bei dieser Auffassung der Stelle ergiebt sich dann von selbst auch, dass die Ueberlassung des Besitzes an den Kläger oder den Beklagten für die Endentscheidung des Processes in keiner Weise präjudicirlich ist, dass es sich hierbei also lediglich um eine vorläufige Massregel, gewissermassen um eine vom Gesetze getroffene, einstweilige Verfügung über den Streitgegenstand handelt. Als Zweck und Inhalt des Titel 37 der Lex Salica stellt sich demgemäss die Vertheilung der Vindicien während des Anefangsverfahrens heraus. Die von ihm ausgesprochene Vorschrift lautet aber dahin: Bei der Auffindung der Sache vor Ablauf von 3 Nächten erhält der Kläger, bei späterer Auffindung der Sache der Beklagte den Besitz der Sache während des Processes; die Partei, welche den Besitz erhält, muss „agramire".

Es ist nun zu zeigen, dass sich bei Zugrundelegung dieser Interpretation der Titel 37 in allen Einzelnheiten vollständig erklärt, weiter auch, dass sich für den nach unserer Ansicht in dieser Stelle ausgesprochenen Rechtssatz eine Reihe von verwandten Bestimmungen anführen lässt.

Zunächst wird es bei unserer Auffassung verständlich, warum der Kläger bei dem Auffinden der Sache vor 3 Nächten „agramire" muss. Als Grund dafür, dass ihm diese Verpflichtung auferlegt wird, ergiebt sich der, dass ihm gleichzeitig ein unmittelbar nach dem Anefang, also sofort auszuübendes Recht zuertheilt wird. Bei der Erklärung Sohm's dagegen, nach welcher der Umstand, dass die Sache vor Ablauf von 3 Nächten mit Beschlag belegt wird, nicht schon bei dem Anefang, sondern erst in der gerichtlichen Verhandlung seine Wirkung äussert, ist es vollständig unerfindlich, warum der Kläger dem Beklagten schon bei dem Anefang ein feierliches Versprechen abgeben muss.

Weiter lässt sich von unserem Standpunkte aus der Gegenstand des klägerischen agramire in einfacher und befriedigender Weise fixiren. Sohm muss, um seine Ansicht durchzuführen, für das von dem Kläger abzulegende Gelöbniss einen von dem des Beklagten durchaus verschiedenen Inhalt annehmen; er ist

ferner genöthigt, die sich hier in dem Titel 37 findende Lücke durch eine Hypothese auszufüllen, welcher nicht bloss jeder quellenmässige Anhalt fehlt, sondern die auch mit dem Zusatz „per tercia mane“ in Widerspruch steht. Wir unsererseits gehen auch hier wieder von der Voraussetzung aus, dass die Lex Salica deshalb keine näheren Angaben darüber macht, was der Kläger durch fides facta zu versprechen hat, weil dieses bereits aus dem Zusammenhange hervorgeht. Wir vermuthen ferner dafür, dass das „agramire“ des Klägers und des Beklagten, welche in Tit. 37 der Lex Salica ohne jede weitere Bemerkung einander gegenübergestellt werden, soweit sich nicht aus der Parteistellung eine Verschiedenheit ergiebt, auf denselben Gegenstand hinzielen. Zu dieser Annahme berechtigt uns ganz besonders auch der Zusatz „per tertia mane“ bei den Worten ille qui per vestigium sequitur, agramire debet; ferner ist diese Behauptung eine einfache Consequenz unserer oben aufgestellten Ansicht von der Gleichartigkeit des vor und des nach Ablauf von 3 Nächten eintretenden Verfahrens. Der Inhalt der fides facta des Beklagten ist nun in der Lex Salica zwar auch nicht mit ausdrücklichen Worten angegeben; wir wissen aber, dass Beklagter dem Kläger die Erfüllung seiner processualischen Pflichten versprach, und diese sind uns bekannt. Halten wir uns speciell an den Fall, welchen der Titel 37 der Lex Salica vor Augen hat — dass nemlich Beklagter Erwerb durch Kauf oder einen derivativen Titel behauptet —, so musste hiernach Beklagter dem Kläger versprechen,

1. sich selbst,
2. seinen Auctor,
3. die mit Anefang belegte Sache

in dem Termine zu gestellen; denn dass bei dem Gewährszug auch die Gegenwart der intertiirten Sache für den Fortgang des Anefangsverfahrens absolut unentbehrlich war, ist bereits oben[15]) näher dargethan worden. Gelangt nun nicht der Beklagte, sondern der Kläger zum „agramire“, so ist es von vornherein klar, dass dieser nicht die Verpflichtung übernehmen kann, den Gewährsmann des Beklagten zu dem Termine vorzubringen. Dagegen könnte die von ihm abzuleistende fides facta, wenn anders dieselbe nicht von der des Beklagten völlig heterogen wäre, wenigstens das mit dieser gemein haben, dass auch der Kläger

[15]) § 11 S. 194 ff.

dem Beklagten gelobt, sich selbst und die Sache zu gestellen. Und hierin haben wir allerdings, wie ich glaube, die wahre Bedeutung des klägerischen agramire gefunden. Daraus, dass der Kläger sofort bei dem Anefang die intertiirte Sache als die ihm gestohlene an sich nimmt, erwächst für den Beklagten das Interesse, einerseits sich von der gegen ihn erhobenen Anschuldigung zu reinigen, andererseits aber auch sich wegen des ihm aus der Wegnahme entstehenden vermögensrechtlichen Schadens sicherzustellen. Beides kann nur geschehen und geschieht auch, wie oben dargethan, dadurch, dass trotz der anticipirten Wegnahme der Sache das Dritthandverfahren ganz in gewöhnlicher Weise durchgeführt wird, und dazu ist wieder erforderlich, dass die gestohlene Sache vor Gericht gebracht wird. Dieses zu thun, muss der Kläger bei der Besitzergreifung das corpus delicti dem Beklagten zusichern, um demselben die Garantie dafür zu geben, dass ihm seine Vertheidigung nicht wegen des Mangels einer wesentlichen formalprocessualischen Voraussetzung für dieselbe unmöglich gemacht werde.

Bei der Annahme, dass das klägerische „agramire" ganz besonders auf Gestellung der Sache in dem Verhandlungstermine gerichtet war, erklärt sich dann weiter auch das „offerre per tertia manum" in dem dritten Satze der Stelle in befriedigender Art, ohne dass wir, wie Sohm, supponiren müssen, dass „offerre" hier in übertragener Bedeutung auftritt. Die Lex Salica verlangt eben von dem Kläger, welcher die intertiirte Sache sofort an sich nehmen will, dass er sich anheischig macht, dieselbe dem Beklagten für das Dritthandverfahren wieder zugänglich zu machen, m. a. W., „dass Kläger dem Beklagten id quod agnoscere dicit (wie wir aus dem Vorhergehenden ergänzen) für das Dritthandverfahren anbietet." Hiernach erscheint es aber sogar correcter, dass in dem dritten Satze nicht, wie einige Handschriften lesen, „agramire", sondern „offerre" gebraucht wird; denn das Zustandekommen einer fides facta setzt die Mitthätigkeit desjenigen, dem das Versprechen gegeben wird, des Beklagten voraus. Da nun bei unserer Erklärung das „agramire" des Klägers nur dann einen Sinn hat, wenn derselbe gleichzeitig die intertiirte Sache in seinen Besitz nimmt, so ergiebt sich daraus, dass der Beklagte, wenn er die Herausgabe der Sache weigert, auch die Entgegennahme des Gelöbnisses, die Sache in dem Termine zu gestellen, ablehnen wird. M. a. W.: Zu dem

agramire des Klägers wird es überhaupt nur gekommen sein, wenn der Beklagte sich freiwillig zur Uebertragung der Gewahrsam der Sache auf den Kläger bereit erklärte. Weigerte sich dagegen Beklagter, der Aufforderung zur sofortigen Herausgabe Folge zu leisten, so musste Kläger sich wenigstens erbieten, die fides facta pro tertia manu zu leisten; blieb Beklagter auch dann noch bei seiner Weigerung, so musste der Kläger zunächst den Sonnenuntergang abwarten und konnte dann die Sache gewaltsam an sich nehmen. Auf diese Art schliesst sich also der dritte Satz des letzten Titels auch seinem Wortlaute nach auf das Engste an dasjenige an, was wir von unserem Standpunkte als Inhalt der Strafbestimmung des Titels 37 erwarten müssen.

Ganz besonders würde endlich unsere Ansicht über den Inhalt des klägerischen „agramire" unterstützt werden, wenn sich unsere oben ausgesprochene Vermuthung bestätigen würde, nach welcher die Worte „res suas" in dem ersten Satze nicht zu dem vorhergehenden „qui vestigium sequitur", sondern zu dem nachfolgenden „per tercia mane agramire debet" zu ziehen sind. Es würde dann für den Fall, dass die Spurfolge vor Ablauf von 3 Nächten zum Ziele führt, angeordnet sein, dass der Kläger „seine Sache für das Dritthandverfahren geloben solle". Die Vergleichung des Sprachgebrauchs ergiebt nun, dass gerade diese Wendung geeignet wäre, auszudrücken: Kläger solle geloben, seine Sachen vor Gericht zu gestellen. Mit „agramire" wird nemlich häufig ohne weiteren Zusatz eine cautio iudicio sisti bezeichnet, während die Person oder Sache, welche vor Gericht vorgebracht werden soll, in accusativischer Verbindung mit dem gedachten Verbum steht. So heisst es in dem

> Capitul. a. 817 c. 15. Si liber homo de furto accusatus fuerit et res proprias habuerit, in mallo ad praesentiam comitis se adhramiat. Et si res non habet, fideiussores donet, qui eum adrhamire et in placitum adduci faciant.

Vergleiche ferner

> Urkunde bei Bréquigny-Pardessus II Nr. 431 p. 230. nec ipso mundeboro suo — quem per ipsas praecepciones habuit adramitum, nullatenus praesentassit.

An anderer Stelle heisst es von dem Versprechen der Vorlegung einer Urkunde:

ipso extromento . . . dibiat praesentari, quod et ita per fistuca uisus est adramisse.

In der zuerst citirten Stelle bedeutet „se adhramire“ zweifellos „geloben, sich vor Gericht zu stellen“, während die Bürgen, welche für den nicht mit genügendem Grundbesitz Angesessenen processualische Caution leisten, „eum adrhamiunt“ d. h. geloben, den Beklagten vor Gericht zu stellen. Das Gleiche gilt von der zweiten Stelle; während man bei der dritten allerdings zweifelhaft sein kann, ob sich das „quod“ auf „extromento“ allein oder auf das „ipso extromento praesentari“ bezieht. Jedenfalls zeigen schon die ersten beiden Stellen zur Genüge, dass es durchaus zulässig wäre, in Tit. 37 der Lex Salica „res suas agramire“ in der oben angegebenen Art zu erklären.

In Anknüpfung hieran soll noch Folgendes bemerkt werden. Wenn der wesentliche Inhalt der von dem Kläger zu leistenden „fides facta“ wirklich das Versprechen ist, die geanefangte Sache in dem gerichtlichen Termine zu gestellen, so könnte auch das agramire des Beklagten anstatt der von uns oben angenommenen dreifachen Richtung (Gestellung der eigenen Person, des Gewähren und der Sache) auf das Versprechen, die Sache vorzubringen, beschränkt sein. Dass zur Erklärung des „agramire“ des Beklagten nicht mit Sohm angenommen zu werden braucht, dass dasselbe bei dem Mangel eines Beweisurtheils im Anefangsprocesse als Ersatz für das Urtheilserfüllungsgelöbniss dienen soll, ist bereits oben bemerkt worden. Gegen diese Annahme spricht aber auch noch der Umstand, dass die Lex Salica ein „agramire“ von dem Beklagten überhaupt nur in dem Falle verlangt, wenn derselbe Kauf, Tausch oder einem anderen derivativen Erwerb von einem bekannten Dritten behauptet d. h. zur Gewähr zieht. In der Lex Salica selbst finden sich nun allerdings keine Bestimmungen über andere Vertheidigungsmittel des Beklagten, so dass man schliessen könnte, dass das agramire des Beklagten aus diesem Grunde nur bei dem Gewährszug erwähnt ist. Es muss aber doch darauf hingewiesen werden, dass auch der Tit. 37, in welchem keine Nöthigung vorlag, speciell von dem Gewährszuge zu handeln, sowohl in Satz I wie Satz II ausdrücklich voraussetzt, dass der Beklagte auf die dritte Hand zieht. Damit wird aber die Vermuthung nahegelegt, dass das „agramire“ in dem altsalischen Anefangsverfahren überhaupt nur beim Gewährszuge stattfand, dass also Beklagter in anderen Fällen, wenn er

z. B. die Einrede der mangelnden Identität oder des Erwerbs durch Erbschaft etc. geltend machte, die Sache ohne Ableistung einer fides facta in seinem Besitze behielt und Kläger zu einer Vorwegnahme der Sache bei dem Anefang überhaupt nicht gelangte. Für eine derartige Unterscheidung würde sich aber aus dem bereits früher von uns ausgeführten eine sehr einfache Erklärung geben lassen. Nur bei dem Gewährszuge hat nemlich die mit Anefang belegte Sache die Bedeutung, dass ihre körperliche Gegenwart in dem gerichtlichen Termine für die weitere Fortsetzung des Verfahrens absolut nothwendig ist. Bei den übrigen Einreden des Beklagten dagegen, welche durch Eid, mit Zeugen oder Eideshelfern dargethan werden, kann das Vorbringen der Sache zwar zu dem Zwecke erwünscht sein, um dieselbe den schwörenden Personen zur Recognoscirung vorzulegen; als formales Substrat für die Beweisführung ist sie hier aber nicht erforderlich. In den nicht zur Gestellung des Gewähren bestimmten Verhandlungsterminen im Anefangsverfahren kann die Sache daher um so mehr entbehrt werden, als, wie oben ausgeführt, ein gerichtlicher Anefang oder eine gerichtliche Wiederholung desselben in der älteren Zeit nicht stattfand. Auch die Lex Ribuariorum zeigt übrigens, dass daraus, dass Beklagter bei einer bestimmten Art der Vertheidigung eine fides facta ableisten muss, noch nicht gefolgert werden kann, dass das Gleiche bei allen übrigen Einreden des Beklagten hätte stattfinden müssen. Denn nach ribuarischem Rechte muss umgekehrt der Anefangsbeklagte dann „fidem facere“, wenn er nicht zur Gewähr zieht, speciell wenn er auf einen Siebenereid über die Behauptung des Erwerbes von einem Unbekannten provocirt, während für den Fall der Berufung auf den Auctor, welchen die Lex Ribuariorum mit grosser Ausführlichkeit behandelt, eine fides facta nicht erwähnt wird. Hiernach muss aber geschlossen werden, dass ein agramire des zur Gewähr ziehenden Beklagten dem ribuarischen Rechte unbekannt war. Wir entnehmen hieraus, dass die Entscheidungen über die Verpflichtung zum „agramire“ für den Gewährszug und die übrigen Einreden nicht gleichlautend zu sein brauchen. Im Uebrigen wird über die Gründe der Abweichung des salischen und ribuarischen Rechtes in dieser Beziehung noch unten gehandelt werden; hier sei nur bemerkt, dass der Mangel der fides facta des Anefangsbeklagten bei dem Gewährszuge in der Lex Ribuariorum nicht daraus erklärt werden kann, dass derselbe bei

der Intertiatio schwören muss „quod ad certum warentem eum conducat“. Es soll zwar keineswegs in Abrede gestellt werden, dass Eid und fides facta in den altgermanischen Quellen häufig für und neben einander stehen; der Schwur des Anefangsbeklagten könnte aber jedenfalls nur dann mit dem salischen „agramire“ gleichwerthig sein, wenn er, wie dieses, ein Versprechen enthielte. Sohm behauptet nun allerdings auch, dass der Eid des Anefangsbeklagten „quod ad certum warentem eum conducat“ ein promissorischer sei; wir vermögen indessen in dieser ribuarischen Eidesnorm wie in den durch die übrigen Quellen überlieferten Normen nur einen Gefährdeeid zu erkennen, durch welchen Beklagter dem Kläger versichert, dass er von der Berufung auf den Gewähren nicht in doloser Weise Gebrauch mache. Auch nach ribuarischem Rechte beschwört der Beklagte lediglich das ziehen zu rechter zucht (wie es in den sächsischen Quellen des späteren Mittelalters heisst); an ein Versprechen, den Gewähren zu gestellen, kann aber schon deshalb nicht gedacht werden, weil es dann unerklärt bleiben würde, warum Beklagter erklärt, er wolle Kläger ad certum warentem conducere. Das „certum“ entspricht vielmehr der „rechten“ zucht in der Eidesnorm des Sachsenspiegels. Der Versuch Sohm's, im ribuarischen Rechte auch für den Fall des Ziehens auf den Gewähren das Vorhandensein des Beweisgelöbnisses nachzuweisen, scheint uns demnach misslungen zu sein.

Dass das agramire des Beklagten wesentlich darauf gerichtet war, das Vorbringen der Sache in dem gerichtlichen Termine sicherzustellen, und dass die fides facta des Klägers den gleichen Inhalt hatte, wird auch noch aus folgenden Gründen wahrscheinlich. Zunächst bietet sich eine einfache Erklärung für den Mangel eines solchen Versprechens in der Lex Ribuariorum und indirect dadurch für den wesentlichen Zweck desselben in der Lex Salica in dem Umstande, dass das zuerst genannte Volksrecht in Tit. 72 ausführliche Vorschriften für den Fall enthält, dass die Gestellung der Sache dem Beklagten aus irgend welchen Gründen unmöglich wird. Wie oben dargethan wurde, ergeben die bezüglichen Bestimmungen, dass der Anefangsbeklagte, wenn er weder die Sache, noch einen körperlichen Ersatz für dieselbe vorbrachte, sachfällig und zur Zahlung der Diebstahlsbusse nebst capitale verurtheilt wurde. Es erscheint nun keineswegs gewagt, anzunehmen, dass diese gesetzliche Regelung der Frage des Unter-

ganges der Sache den Zweck hatte, den Mangel der fides facta des Anefangsbeklagten zu ersetzen, und dass nach altsalischem Rechte die strengen Folgen, welche bei dem Untergange der Sache für den Anefangsbeklagten eintreten, als Folge der Nichterfüllung der durch das agramire übernommenen Verbindlichkeit erschienen. Sohm geht dagegen wohl zu weit, wenn er die Strenge des alten Rechts überhaupt auf die formale Kraft des agramire zurückführt und z. B. annimmt, dass der Anefangsbeklagte nach ribuarischem Rechte nach Provocation auf den Gewähren nicht mehr auf die Einrede des Marktkaufs zurückgreifen konnte, weil er die Gestellung des Auctors durch fides facta übernommen hatte; dass die Einrede des Marktkaufs nach Lex Ribuar. XXXIII c. 4 nur zugelassen wird, wenn sie in ipsa hora, quando res interciatur, vorgebracht wird, erklärt sich vielmehr, wie bereits oben ausgeführt, einfach daraus, dass diese Behauptung in älterer Zeit überhaupt nur unter besonderen Umständen Berücksichtigung fand und nur Glaubwürdigkeit zu verdienen schien, wenn der Anefangsbeklagte sofort angab, seinen Gewähren nicht zu kennen.

Die Erklärung des Titels 37 der Lex Salica, welche sich aus unsern vorstehenden Erörterungen ergiebt, dürfte m. E. aber auch ihrem Resultate nach als durchaus befriedigend erscheinen. Als Zweck des agramire erscheint bei uns, wie schon oben angedeutet, nicht, wie bei Sohm, die Absicht des Gesetzgebers, durch die fides facta der Partei eine dem gerichtlichen Beweisurtheil entsprechende, formale Grundlage für das weitere Verfahren zu schaffen; vielmehr liegt das Hauptgewicht in der Sicherstellung des Gegners. Dadurch nemlich, dass von der Partei lediglich das agramire per tercia mane verlangt wird, ist keineswegs ausgeschlossen, dass nicht die Stellung von Bürgen erforderlich war für den Fall, dass Beklagter nicht durch Grundbesitz eine solche Sicherheit bot, dass man sich mit seinem einfacheu Versprechen begnügen konnte. Vielmehr ergiebt die Vergleichung anderer Stellen, dass auch, wo das Gesetz ohne weiteren Zusatz eine fides facta der Partei verlangt, hierunter eine Caution zu verstehen ist. Insbesondere gilt dieses von dem Urtheilserfüllungsgelöbniss.

Die practisch wichtigste Function bei dem agramire des Beklagten ist demgemäss die, dem Kläger Sicherheit für die Gestellung der Sache in dem Verhandlungstermin zu gewähren.

Nur eine andere Art, diesen Zweck zu erreichen, bildet dann die Vorwegnahme der Sache durch den Kläger, welche jedenfalls insofern noch eine grössere Garantie bot, als selbst durch die Bürgenstellung nicht ausgeschlossen war, dass Beklagter etwa durch Unterschiebung einer Sache, die er für die intertiirte ausgab, die Folgen des stattgefundenen Anefangs zu vereiteln suchte. In diesem Falle musste aber der Beklagte seinerseits dafür Sicherheit haben, dass ihm durch Verbringen der Sache in dem gerichtlichen Termine die Durchführung des Gewährszuges und damit der Entschuldigungsbeweis, sowie die Geltendmachung seines Entschädigungsanspruchs gegen den Gewähren ermöglicht wurde. Weiter können wir aus unserer Stelle schliessen, dass das agramire des Klägers, resp. die Vorwegnahme der Sache durch denselben auch dann eintrat, wenn der Beklagte nicht in der Lage war, seinerseits dem Kläger ausreichende Sicherheit zu bieten. In dem „liceat agramire“ wird dem Beklagten das Recht eingeräumt, die Sache vorläufig zu behalten, falls er andererseits die Pflicht erfüllt, ausreichende Caution zu stellen; wenn er dieser Vorbedingung für seine Belassung in dem Besitze der Sache nicht Genüge leisten kann, so ergiebt es sich von selbst, dass in diesem Falle das Recht des Klägers, seinerseits den Gewahrsam der Sache gegen Caution zu erhalten, in Kraft tritt. Dass dann die Frage, welche von den Parteien zum agramire zugelassen werden soll, darnach entschieden wird, wie lange Zeit seit dem Verluste der Sache verflossen ist, würde sich dann daraus erklären, dass, je kürzer der Zeitraum zwischen dem Abhandenkommen und dem Auffinden der Sache ist, um so geringere Wahrscheinlichkeit für die Behauptung des Beklagten, die Sache durch Rechtsgeschäft erworben zu haben, vorliegt. Der wesentliche Zweck des Titels 37 ist daher einen bestimmten Zeitpunkt zu normiren, bis zu welchem der Kläger dem Beklagten den Besitz der Sache selbst nicht gegen Caution zu lassen braucht. Im Uebrigen scheint sich aber aus dem letzten Satze zu ergeben, dass der Gesetzgeber selbst die stricte Beobachtung dieser Zeitgrenze für eine Frage von mehr untergeordneter Bedeutung hielt, und hierin erblicken wir eine fernere Bestätigung für die Richtigkeit unserer Ansicht. Wenn man nemlich, wie dieses fast seitens aller früheren Schriftsteller geschieht, dem Umstande, ob zur Zeit des Anefangs bereits drei Tage oder weniger verflossen sind, eine Bedeutung für die Gestaltung des weiteren Verfahrens bei-

misst und es hiervon abhängig sein lässt, ob das gerichtliche Verfahren ohne Beweisführung verläuft oder der Kläger anstatt des Beklagten zum Beweise gelangt, so muss es auffallen, dass der Titel 37 kein Wort darüber enthält, wie dieser so wichtige und folgenschwere Umstand processualisch festgestellt wird. Denn der Anefangsbeklagte, welcher die Sache wirklich redlich durch Rechtsgeschäft erworben hat, kann doch unmöglich wissen, wann Kläger die Sache durch Diebstahl verloren hat, und wird daher den Beweis für diese die zu wählende Processart bestimmende Thatsache verlangen dürfen. Und weiter wäre es, wenn sich an das „agramire" so schwerwiegende Vortheile für die weitere Durchführung des Anefangsprocesses knüpfen würden, unerklärlich, dass nicht auch in der Strafbestimmung des letzten Satzes der Voraussetzung gedacht ist, unter welcher Kläger nach dem Vorhergehenden überhaupt nur zur Vorwegnahme der Sache gegen Caution gelangt. Denn nach dem Wortlaut der Stelle trifft den Kläger die Busse von 30 sol. jedenfalls nur dann, wenn er sowohl das Erbieten zum agramire, wie das solem collocare verabsäumt; ein Unterschied nach der Zahl der verflossenen Tage wird in dieser Vorschrift nicht gemacht, und es erscheint deshalb jedenfalls nicht ohne Weiteres zulässig, den letzten Satz des Tit. 37 ausschliesslich mit dem ersten Satze desselben zu verbinden. Das zeigt sich insbesondere darin, dass eine Strafandrohung für den Fall vollständig fehlt, dass der Kläger zwar der das offerre per tertia manum und das solem collocare vornimmt, jedoch nach Ablauf von 3 Tagen, also zu einer Zeit, zu welcher er zu dem agramire überhaupt nicht mehr berechtigt ist. Bei unserer Interpretation würden sich die Zweifel, welche hierbei entstehen, in sehr einfacher Art heben. Es werden gewiss häufig Streitigkeiten zwischen dem Kläger und dem Anefangsbeklagten vorgekommen sein, wer von ihnen den Besitz der Sache während des Processes erhalten und demgemäss dem Gegner Caution stellen sollte. Der Gesetzgeber stellt nun unter der Voraussetzung, dass beide Parteien zum agramire bereit und im Stande sind, eine Norm auf, nach welcher dieser Streitpunkt im einzelnen Falle zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten entschieden werden soll. Da es sich aber hierbei lediglich um eine vorläufige Vertheilung der Vindicien handelt und die ganze Streitfrage gegenstandslos wird, sobald ein gerichtlicher Termin, in welchem die Sache gestellt wird, stattfindet, so werden keine näheren Vor-

schriften, welche die Beobachtung der aufgestellten Rechtsnorm sicherstellen, getroffen. Vielmehr wird es der den Anefangskläger bei der Spurfolge begleitenden trustis überlassen, festzustellen, ein wie langer Zeitraum seit dem Abhandenkommen der Sache verflossen ist, und welche von den Parteien demgemäss näher zum agramire ist. Hiernach wird dann ein etwa zwischen den Parteien bestehender Streit entschieden sein. Hält sich der Kläger aber dennoch nicht an die vom Gesetze vorgeschriebene Richtschnur, so soll doch, wenn anders nur das offerre per tertia manum und solem collocare beobachtet ist, die eigenmächtige Wegnahme nicht mit Strafe belegt werden, da durch das Erbieten, die Sache in dem Termine zu gestellen, in Verbindung mit dem Abwarten des Sonnenunterganges die Annahme, dass sich Kläger eines Raubes schuldig gemacht hat, ausgeschlossen ist. Der Umstand, dass der Kläger trotz des Verlaufs von 3 Tagen das agramire für sich beansprucht hat, gilt eben für zu unerheblich, um die erfolgte Wegnahme als eine rechtlose erscheinen zu lassen.

Wenn wir oben sagten, dass das agramire der Parteien weniger den Zweck habe, eine formale Grundlage für das weitere Verfahren zu schaffen, als dem Gegner processualische Sicherheit zu gewähren, so könnte hier noch die Frage aufgeworfen werden, ob auch bei dieser Caution die Sache wesentlich als corpus delicti oder als Vermögenswerth erscheint. Das Erstere wäre anzunehmen, wenn das agramire, wie wir oben wahrscheinlich zu machen suchten, lediglich bei dem Gewährszuge stattfindet, falls nicht der Wegfall desselben bei den übrigen Einreden des Beklagten daraus zu erklären ist, dass hier auch nach salischem Rechte der gerichtliche Termin unmittelbar der Sache folgt. Indessen können wir es auch von unserem Standpunkte zugeben, dass bei der Bestimmung, Kläger solle die Sache vor Ablauf von drei Nächten gegen Caution sofort an sich nehmen können, auch die Absicht in Betracht gekommen ist, dem Kläger bei der Glaubwürdigkeit seiner Behauptung möglichst schnell wieder zu seiner Sache zu verhelfen. Und ebenso wird die Anordnung, dass der Beklagte die mit Anefang belegte Sache nur gegen Caution behalten sollte, gewiss auch auf die Erwägung zurückzuführen sein, dass der Kläger durch den von ihm geltend gemachten Klagegrund einen vermögensrechtlichen Schaden erlitten hat, während Beklagter sich im Besitze der dem Kläger seiner Angabe nach entzogenen Sachen und in der Lage ist, den

mit der Strafklage verbundenen, vermögensrechtlichen Anspruch des Klägers illusorisch zu machen. Wir stehen also keineswegs so einseitig auf dem von uns eingenommenen Standpunkte, um nicht anzuerkennen, dass bei dem „agramire“ die vermögensrechtliche Bedeutung der Anefangsklage sehr erheblich in Betracht gekommen ist; dass hieraus aber noch nicht gefolgert werden kann, dass das vor Ablauf von drei Nächten eintretende Verfahren seiner principiellen Bedeutung nach eine Klage um Gut war, ist selbstverständlich. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, dass, wie wir annehmen, nach salischem Rechte das „agramire“ lediglich dazu diente, das Vorbringen der Sache zu sichern, während in demselben eine Caution, welche die Gestellung der Person des Anefangsbeklagten in dem gerichtlichen Termine garantiren sollte, nicht gefunden werden kann. Wenn auch scheinbar hierdurch der Sache eine grössere Bedeutung als der Feststellung der Schuld des Beklagten, resp. der Verurtheilung desselben zu den strafrechtlichen Folgen des Diebstahls beigemessen wird, so ist doch andererseits darauf hinzuweisen, dass, was die Sicherung des Erscheinens des Beklagten vor dem Gerichte betrifft, die Anefangsklage mit allen übrigen Strafklagen auf gleicher Stufe steht. Auch bei diesen findet sich aber im salischen Rechte keine Caution erwähnt, welche der Mannirte dem Mannirenden dafür zu leisten hatte, dass er der Ladung desselben Folge leisten werde. In späterer Zeit findet sich allerdings auch hier ein „agramire“. Bemerkt möge dabei sein, dass für die Auffassung des „agramire“ als eines Gelöbnisses, die Sache vor Gericht zu gestellen, bei unserer Interpretation des Titels noch ganz besonders der Umstand spricht, dass der Beklagte, wenn der Kläger zum agramire kommt, seinerseits keine fides facta zu leisten hat. Da nun nach dem oben Ausgeführten das in diesem Falle eintretende gerichtliche Verfahren mit dem gewöhnlichen vollständig identisch ist, der Beklagte also insbesondere auch die Verpflichtung sich vor Gericht zu gestellen und den Gewähren vorzubringen übernimmt, so ergiebt sich, dass hier jedenfalls diese Pflichten nicht auf dem agramire des Beklagten, sondern auf der mit dem Anefang verbundenen klägerischen mannitio beruhen.

Zum Beweise, dass wir bei unserer Erklärung des agramire im Anefangsprocess nichts dem germanischen Rechte Fremdes in dasselbe hineinlegen, sei noch Folgendes angeführt. Zunächst muss erwähnt werden, dass der Lex Salica selbst eine solche

vorläufige Einweisung in den Besitz des Streitgegenstandes gegen Caution, wie wir sie in dem Tit. 37 angeordnet finden, keineswegs fern liegt. Ein allerdings sehr verschiedener Fall, in welchem aber doch wenigstens die gleiche juristische Form wiederkehrt, begegnet in dem Titel de chrenecruda. Wenn der Todtschläger, sowie seine Verwandten unfähig sind, das Wergeld zu zahlen, wird ersterer in die Gewalt des Klägers gegeben, jedoch vorläufig nur interimistisch und unter der Verpflichtung, ihn vor das Gericht zu bringen und daselbst einmal öffentlich zur Auslösung ausbieten. Gesichert wird die Erfüllung dieser Verpflichtung des Gläubigers und die Besitzeinweisung desselben als eine provisorische characterisirt durch eine fides facta, in welcher derselbe die Gestellung des Todtschlägers vor Gericht verspricht. Deshalb heisst es von dem Wergeldgläubiger in Tit. 58 c. 2 Lex Sal.:

> qui eum sub fidem habuit in mallum praesentare debet.

Näher verwandt mit dem Anefangsverfahren ist folgende Bestimmung aus den

> Extravaganten zur Lex Salica B2. Si quis quemlibet mallaverit ad servitium . . . et ille dicit quod ipsius servus non sit et suam libertatem in suo anthmallo proportare possit, tunc comes faciat illum dare uuadium ad suam libertatem proportandam. Et si ille dixerit, quod fideiussorem habere non possit, tradat eum comes in manu mallatoris, ut eum salva custodia inlesum ducat in anthmallo suo ad suam libertatem proportandam. . . .

Wenn der als Knecht in Anspruch genommene behauptet, frei zu sein, so soll er verpflichtet sein, Bürgschaft dafür zu stellen, dass er in dem gerichtlichen Verhandlungstermine erscheinen und den von ihm angetretenen Beweis erbringen werde. Leistet er dieser Verpflichtung nicht Genüge, so soll ihn der Graf in die Gewalt des Klägers geben, damit dieser ihn in seiner Verwahrung halte und zum nächsten Termine vorbringe, in welchem dann die Beweisaufnahme erfolge. Auch hier findet also eine vorläufige Besitzeinweisung des Klägers statt; der Fall kann aber insofern als Analogie für den Anefangsprocess herangezogen werden, als der Beklagte in dem Processe um Freiheit und Eigenschaft nicht bloss als Processsubject, sondern gleichzeitig auch als Processobject in Betracht kommt.

Damit ist dann schon für die altfränkische Zeit nachgewiesen, was sich aus jüngeren Quellen des Weiteren bestätigt, dass nämlich Vorschriften über den Besitz und die Aufbewahrung der geanefangten Sache während des Processes dem germanischen Rechte nicht fremd sind. Zwar sind diese Vorschriften nicht stets übereinstimmend, und während das Schleswiger Stadtrecht[16]) den Besitz der gestohlenen Sache principaliter dem Kläger zuweist, findet sich die Frage z. B. im Augsburger Stadtrecht[17]) gerade im gegentheiligen Sinne entschieden; allein es bleibt doch immerhin bemerkenswerth und für die Beurtheilung der vorgetragenen Ansicht von der Bedeutung des agramire zu beachten, dass man es für geboten hielt, in eine Behandlung jener Frage einzutreten.

§ 19.
Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Anefangsklage und Klagensubstantiirung.

Bei unserer bisherigen Darstellung der in den ältesten Quellen enthaltenen Rechtssätze, welche für die Feststellung der juristischen Natur der Anefangsklage von Bedeutung sind, sind wir von der Voraussetzung ausgegangen, dass die den Mittelpunkt des Verfahrens bildende Sache dem Anefangskläger durch Diebstahl entzogen ist. Es ist unzweifelhaft und allseitig anerkannt, dass gerade in diesem Fall die wichtigste und nach der Auffassung der Quellen durchaus typische Anwendung der Anefangsklage eintritt, und es hat daher jedenfalls zur Vereinfachung unserer Darstellung beigetragen, dass wir uns bisher ausschliesslich mit demselben beschäftigten. Nachdem wir nunmehr den Verlauf des Anefangsverfahrens vom Beginne desselben bis zum Schlusse verfolgt haben, müssen wir nun an die Frage herantreten, ob

[16]) Altes Schleswiger Stadtrecht § 18:

Item si quis rem sibi furtiue ablatam recognouerit, sub fideiussione ponat usque ad placitum, postea duobus testibus productis iuret manu duodecima, rem illam sibi furtiue fuisse allatam

Das „sub fideiussione ponat" wird im neueren Stadtrecht (c. 26) durch „besette dat myt borgen" wiedergegeben.

[17]) Augsburger Stadtrecht von 1276 Art. XXXIV § 3 (Meyer S. 97. 98).

dieser Fall, wie bisher angenommen wurde, in Wahrheit der einzige, oder ob das Anefangsverfahren auch noch in anderen Fällen zulässig ist. Von der Antwort, welche wir auf diese Frage erhalten, wird es dann abhängen, ob die von uns bisher gewonnenen Resultate einer Modification bedürfen, oder ob wir dieselben definitiv als richtig ansehen können.

Es soll nun sofort bemerkt werden, dass zur Sicherstellung unserer Schlusssetzung keineswegs der Nachweis erforderlich ist, dass die Anefangsklage nur in dem Falle des Diebstahls zulässig ist. Es kann vielmehr von vorneherein als feststehend angesehen werden, dass die von uns für das Anefangsverfahren aufgestellten Grundsätze einer in allem Wesentlichen unveränderten Anwendung auch in anderen Fällen fähig sind. Soll aber die von uns vertretene Auffassung über die wahre Bedeutung des Anefangsverfahrens in Wirklichkeit als die richtige angesehen werden, so wird wenigstens dasjenige Moment, dem wir die für die principielle Auffassung dieser Klagform grundlegende Bedeutung eingeräumt haben, in allen Fällen ihrer Anwendung zutreffen müssen. Ist nemlich die Anefangsklage in Wahrheit auf der ältesten Stufe ihrer Entwicklung eine Delictsklage, so ergiebt sich, dass ihre nothwendige Voraussetzung jedenfalls eine strafbare Handlung bilden muss. Lässt sich die Richtigkeit dieser Annahme feststellen, so wird die Prüfung, ob bei dem Thatbestand der übrigen Delicte in gleicher Art, wie bei dem Diebstahl, die Einzelheiten des Anefangsverfahrens Platz greifen, allerdings unerlässlich, aber doch nur von untergeordneter Bedeutung sein.

In Wahrheit giebt es nun meines Wissens in den Volksrechten nur eine Stelle, in welcher das Anefangsverfahren ohne Beziehung auf die Verfolgung eines Diebstahls erwähnt wird. Es ist dieses

> Lex Ribuar. 58 § 8: Quod si quis tabularium ex servo alieno facere praesumpserit, tunc illi, cuius servus est, super eum manum mittere debit. Et si tabularius est, vel regius seu Romanus homo, qui hoc facit, super septem noctis, si Francus, super 14 de manu in manu ambulare debet, quamvis multas vindicionis ex illo factas fuissent, usque dum ad ea manu venit, qui eum ingenuum dimisit. Et tunc ex eo iudicius superius conprehensus adimpleatur.

Es liegt indessen auf der Hand, dass der hier vorausgesetzte Thatbestand ein delictischer ist, der demjenigen eines Diebstahls

sehr nahe steht. Das „tabelarium ex servo alieno facere praesumere“ ist ja doch auf eine Entziehung des Sklaven als eines solchen gerichtet, und die demselben dienende Freilassung ohne Genehmigung des Herrn stellt sich durchaus als ein furtivo modo agere im Sinne des altdeutschen Rechtes dar. Es enthält also diese Stelle des ribuarischen Rechts jedenfalls nichts, was unserer Auffassung über die principielle Bedeutung der Anefangsklage als einer Delictsklage entgegenstände. Das einzige nach dieser Richtung hin Bemerkenswerthe dürfte vielleicht das sein, dass in ihr die reipersecutorische Seite des Anefangsverfahrens etwas mehr in den Vordergrund tritt, als bei dem auf Grund eines Diebstahls erfolgenden Anefang. Dieser Umstand findet aber darin eine genügende Erklärung, dass es sich um Sklaven handelt, welche in vielen Beziehungen nach Analogie der Immobilien behandelt werden. Die übrigen, das Anefangsverfahren betreffenden Stellen der Volksrechte setzen dagegen sämmtlich voraus, dass die Sache dem Kläger durch Diebstahl entzogen ist. So beginnt der von der Spurfolge handelnde Titel der Lex Salica (tit. 37):

> „si quis bovem aut caballo aut qualibet animal per furtum perdiderit“.

Der Titel de filtortis (t. 47) lässt zwar in seinen Anfangsworten

> „si quis servum aut caballum vel bovem aut qualibet rem super alterum agnoverit“

dahingestellt, unter welchen Voraussetzungen die Anefangsklage eintritt; aus dem Folgenden ergiebt sich jedoch, dass es sich auch hier um gestohlene Sachen handelt.

> ibid § 2. exuit se de latrocinio et ille qui non venerit — ille erit latro.

Das Gleiche gilt von dem das Intertiationsverfahren betreffenden Titel (33) der Lex Ribuariorum

> § 1 si quis rem suam cognoverit
>
> § 2 et tunc ipse de texaga (codd. B.: furto) securus sit et ille, qui interciavit, texaga et dilatura (codd. B.: furtum etdilaturam) ad eum requirat qui solvere coepit.

Die Bestimmung in Lex Rib. c. 72 § 1, nach welcher der intertiirte und später verstorbene Sclave de manu in manu ambulare debit, usque dum ad ea manu venit, qui eum inlicito ordine vindedit vel furaverit, erklärt sich daraus, dass hier an den soeben besprochenen Fall von Lex Ribuar. c. 58 § 8 gedacht ist.

Nicht anders verhält es sich nach den übrigen Volksrechten [1]), und es lässt sich darnach der Satz aussprechen, dass unserer Auffassung der Anefangsklage, nach welcher dieselbe ursprünglich zur strafrechtlichen Verfolgung eines Delicts diente, nach dieser Richtung in den Quellen kein Hinderniss entgegensteht. Und mit dieser Feststellung könnten wir uns begnügen, wenn wir streng bei unserem Gegenstande festhalten und uns auf die Erforschung der rechtlichen Natur der Anefangsklage beschränken wollten. In Wahrheit sind wir aber bereits genöthigt gewesen, über unser eigentliches Thema hinauszugehen, und speciell war es der Satz von der Vindicirbarkeit gestohlener Sachen, mit welchem wir uns zur Sicherstellung unserer Auffassung über das von uns behandelte Rechtsinstitut näher zu beschäftigen hatten. Wir haben dabei die Ansicht ausgesprochen und wahrscheinlich zu machen gesucht, dass dieser Rechtssatz, welcher in neuerer Zeit stets als ein materieller aufgefasst worden ist, ursprünglich nicht diesen Character gehabt, sondern lediglich das Resultat des Anefangsverfahrens als formal-processualischen Instituts wiedergegeben habe. Hier bietet sich uns nun die Gelegenheit, von einer anderen Seite zu prüfen, ob diese Ansicht in Wahrheit mit den in den Quellen enthaltenen Bestimmungen zu vereinbaren ist. Ist nemlich die Vindicirbarkeit beweglicher Sachen, wie wir behaupteten, Ausfluss des Anefangsverfahrens, so müssen selbstverständlich die Voraussetzungen, unter welchen diese Rechtsverfolgung gegen den Drittbesitzer eintritt, mit den Voraussetzungen, unter welchen das Anefangsverfahren zulässig ist, zusammenfallen. Würde sich in den nach diesen beiden Richtungen massgebenden Grundsätzen eine erhebliche Divergenz herausstellen, so würde dieses jedenfalls einer besonderen Erklärung bedürfen, eventuell aber die Richtigkeit der von uns oben aufgestellten Behauptung in Frage gestellt werden müssen.

Es ist nun bereits bemerkt worden, dass in den Volksrechten eine materielle Regel über die Frage, unter welchen Um-

[1]) Der Verf. hat, wie sich aus gewissen Anzeichen entnehmen lässt, die einzelnen in Frage kommenden Stellen, auch der übrigen Volksrechte, insbesondere des langobardischen, eingehender Erörterung zu unterziehen beabsichtigt; es ist indessen nicht möglich, mehr als das Vorhandensein dieser Absicht zu konstatiren. Wie sie im Einzelnen ausgeführt werden sollte, lässt sich aus dem vorliegenden Material nicht erkennen. Anm. des Herausgebers.

ständen Mobilien aus dritter Hand zurückgefordert werden können, nicht aufgestellt ist. Da nun die von uns ausgesprochene Ansicht sich gerade auf diese Zeit bezieht, so ergiebt sich damit von vorn herein, dass hier allerdings volle Uebereinstimmung in den gedachten Beziehungen herrscht. Für das spätere Mittelalter scheint nun aber die Existenz einer derartigen materiellen Rechtsregel schon deshalb angenommen werden zu müssen, weil der Satz „Hand muss Hand wahren" als eine solche aufgestellt wird, und die Verfolgbarkeit gegen Dritte nur als der Gegensatz dieses Rechtssatzes erscheint. Weiter scheint dieses auch dadurch bestätigt zu werden, dass die Verfolgbarkeit gegen den Dritten nicht mehr an die Form der Anefangsklage gebunden ist, sondern ihre Verwirklichung auch durch eine andere der Anefangsklage paralell gehenden Form des Angriffs, die schlichte Klage erfolgen kann. Ist die letztere Ansicht richtig — und darüber kann m. E. kein Zweifel obwalten —, so ist damit für die betreffenden Quellen auch die Frage der Vindicirbarkeit von der nach der Zulässigkeit der Anefangsklage losgelöst, und die Beantwortung der einen ist für die andere nicht mehr präjudicirlich. Und doch ist es nun von grossem Interesse, die Aussprüche der späteren Quellen über den Umfang der Verfolgbarkeit beweglicher Sachen gegen Dritte nach der Richtung hin einer eingehenderen Prüfung zu unterziehen, inwiefern in denselben noch der historische Zusammenhang mit dem alten formalen Anefangsrechte hervortritt. Wir möchten von vorn herein bemerken, dass diese Untersuchung nicht nur zu einer willkommenen Bestätigung unserer Ansicht führt, dass die Vindicirbarkeit der Mobilien ursprünglich ein thatsächliches Product des Anefangsverfahrens gewesen sei, sondern dass auch die Aussprüche der späteren Quellen über diese Frage gerade von diesem Standpunkte aus erst in volles Licht gerückt werden.

In der neueren Litteratur herrscht nemlich auch heute noch nicht volle Uebereinstimmung darüber, unter welchen Voraussetzungen nach dem Rechte des Mittelalters bewegliche Sachen von jedem Dritten zurückgefordert werden konnten. Als herrschende Ansicht kann aber wohl jetzt betrachtet werden, dass dieser weitgehende Rechtsschutz regelmässig dann Platz greift, wenn der Besitzer seine Sachen wider seinen Willen verloren hat. Ist dieser Satz richtig, so ist für uns an demselben zunächst von Interesse, dass hier die Verfolgbarkeit der Mobilien über den

Fall des Diebstahls und des Raubes hinaus ausgedehnt und auch in anderen Fällen zugelassen worden ist. Oben ist nun bereits erwähnt und kann im Uebrigen als bekannt vorausgesetzt werden, dass man den Umfang der Vindicabilität beweglicher Sachen mit der Frage in Verbindung gebracht hat, inwieweit die widerrechtliche Aneignung solcher Sachen strafbar ist, und insbesondere unter welchen Voraussetzungen die ihrem rechtmässigen Besitzer entzogene Sache die Qualität einer res furtiva erhält, wie die Quellen sagen, „düvech" wird. Ursprünglich hatte man nemlich bei Heranziehung dieser Erwägungen sein Augenmerk wesentlich darauf gerichtet, eine Erklärung für die Nichtvindicirbarkeit geliehener Sachen zu finden; nur für diese wollte man den Satz „Hand muss Hand wahren" gelten lassen, während man insbesondere deponirte Sachen auch in dritter Hand dem Rückforderungsrechte des Deponenten unterstellte. Kann man nun diese Ansicht heute auch als widerlegt betrachten, so besteht doch die Anschauung, dass die Vindicirbarkeit mit der Qualität der Sache als „düve" zusammenhängt, noch fort. So sieht z. B. Laband[2]) darin, dass diese Bezeichnung auch bei gefundenen etc. Sachen angewendet wird, einen Beleg dafür, dass in diesen Fällen der Satz „Hand muss Hand wahren" nicht Platz greift.

Die Gerber-Cropp'sche Ansicht, nach welcher die Verfolgbarkeit gegen den Drittbesitzer davon abhängig gemacht wird, ob an der den Streitgegenstand bildenden Sache ein Delict begangen ist, lässt nun insofern unbefriedigt, als gar nicht abzusehen ist, wie gerade eine auf ein Delict sich gründende Klage gegen einen Dritten gerichtet werden kann. Im Gegentheil müsste man von einer Delictsklage erwarten, dass sie lediglich gegen den Delinquenten, gegen den persönlich Verpflichteten gerichtet werden kann. Dieses Bedenken, welches wir am Eingang unserer Abhandlung[3]) der Cropp-Gerberschen Ansicht entgegenhielten, hat sich nun aber erledigt; wir wissen jetzt, dass es mit der Delictsnatur der Anefangsklage keineswegs unvereinbar ist, wenn dieselbe ihrem Resultate nach zur Wiedererlangung gestohlener Sachen aus der Hand Dritter führt. Wollten wir jetzt also von unserem principiell durchaus verschiedenen Standpunkte jene Ansicht aufnehmen, so würde sich eine sehr einfache Erklärung

[2]) Vermögensrl. Klagen S. 78. 79.

[3]) Vgl. oben S. 18.

dafür darbieten, dass die Rückforderung gegen den Drittbesitzer auch bei solchen Sachen Platz greift, welche der Inhaber zwar wider seinen Willen, aber nicht durch Diebstahl verloren hat.

Nach dem mittelalterlichen sächsischen Particularrechte gehört nemlich zu dem Thatbestande des eigentlichen Diebstahls als wesentliches Merkmal, dass die Sache aus der Gewahrsam einer Person weggenommen worden ist; wo dieses Merkmal fehlt, tritt die peinliche Diebstahlsstrafe nicht ein. Diesem Begriffe stehen nun diejenigen Fälle gegenüber, welche die moderne Wissenschaft unter dem dieblichen Behalten zusammenfasst. Zu ihnen gehören auch die Fälle, in denen Jemand eine von dem Inhaber wider Willen, aber nicht durch Wegnahme aus der Gewahrsam verlorene Sache sich rechtswidrig aneignet. Hält man nun an diesem Rechtszustande fest, so bedarf es allerdings einer Erklärung, warum der Satz von der Vindicirbarkeit gestohlener Sachen auch auf die übrigen wider Willen verlorenen Sachen ausgedehnt ist. Aber schon für diese Zeit würde diese Erklärung darin zu finden sein, dass ja auch in der Unterschlagung wider Willen verlorenen Gutes eine strafbare Handlung liegt und deshalb der Zulässigkeit der Anefangsklage nichts im Wege steht. Noch näher die allgemeine Vindicirbarkeit wider Willen verlorenen Gutes auf die Strafbarkeit der Unterschlagung zurückzuführen liegt es aber, wenn man in die Zeit der Volksrechte zurückgeht. Denn in dieser Periode sind nach der herrschenden Ansicht die oben gedachten Fälle unter den Begriff des furtum zu subsumiren, welcher in dieser Periode noch viel weiter ist und eigentlich als wesentliche Merkmale nur die Heimlichkeit und die Vermögensbeschädigung besitzt. Hieraus würde sich aber ergeben, dass, wenn wir oben die Zulässigkeit der Anefangsklage in der Zeit der Volksrechte unter der Voraussetzung eines furtum feststellten, wir bereits dadurch die Fälle, in welchen bewegliche Sachen ohne diebliche Wegnahme verloren werden, mit in Betracht gezogen haben. Auf Grund des weiteren Diebstahlsbegriffs der Volksrechte müsste man also annehmen, dass die Anefangsklage in allen Fällen des Verlustes wider Willen zulässig und demgemäss auch in allen diesen Fällen das dingliche Rückforderungsrecht begründet war. Man könnte dann weiter argumentiren, dass, während der Begriff des peinlichen Diebstahls ein engerer ward, für die Anefangsklage doch der ältere weitere Begriff festgehalten wurde und demgemäss ihre Zulässigkeit nicht an das Vorhanden-

sein eines eigentlichen peinlich zu strafenden Diebstahls gebunden war. Und in der That hat ein derartiges Bild der Entwicklung in den Quellen manche Anhaltspunkte, auf die man sich stützen könnte.

Es soll indessen hier dahingestellt bleiben, ob für die Erklärung der Thatsache, dass die Vindicirbarkeit von Mobilien im späteren Mittelalter allgemein bei Verlust wider Willen stattfindet, die vorstehenden Erwägungen verwerthet werden können. Ob der Diebstahlsbegriff zur Zeit der Volksrechte wirklich ein so weiter war, wie man gewöhnlich annimmt, halte ich doch für fraglich. Daraus, dass das Gesetz in gewissen Fällen jemanden verpflichtet, er solle furtivo modo, pro fure conponere, oder dass es sagt, der Schuldige sei wie ein Dieb, als ein Dieb zu verurtheilen, kann noch nicht geschlossen werden, dass diese Fälle als furtum aufgefasst, sondern nur, dass sie strafrechtlich ebenso wie das furtum behandelt wurden. Bei unbefangener Prüfung der Quellen wird man aber wohl zu dem Resultate gelangen, dass dieselben, wo sie ohne weiteren Zusatz von furtum sprechen, stets den Fall der Wegnahme der Sache aus fremder Gewahrsam vor Augen haben, woraus freilich noch nicht folgt, dass der Begriff des furtum auf diesen Fall beschränkt ist. Setzen wir nun aber wirklich als feststehend voraus, dass der germanische Diebstahlsbegriff zu allen Zeiten der gleiche gewesen ist und auch schon in der Periode der Volksrechte die Wegnahme aus fremder Gewahrsam als wesentliches Merkmal erfordert hat, ist es dann von unserem Standpunkte aus erklärlich, dass die Vindicirbarkeit von Mobilien auch in anderen Fällen unfreiwilligen Verlustes eintrat? Diese Frage ist mit aller Entschiedenheit zu bejahen: Die Zulassung der Anefangsklage für den Fall des Diebstahls und des Raubes musste bei der altgermanischen Form der Rechtsverwirklichung nothwendig die thatsächliche Folge haben, dass auch in anderen Fällen, in denen der Besitzer eine bewegliche Sache gegen seinen Willen verloren hat, die Rückforderung aus dritter Hand eintrat. Freilich ist dieses, wie sofort hervorgehoben werden soll, nur eine thatsächliche Folge, während vom streng juristischen Standpuncte die materielle Voraussetzung immer Diebstahl und Raub bleiben. Welche Bedeutung aber derartige thatsächliche Folgen in einer Zeit und bei einem Volke haben, bei welchem das Recht stets im Stadium der Rechtsverwirklichung und unmittelbar aus dem

Leben und der gerichtlichen Praxis als seinen einzigen Quellen hervorging, haben wir im Verlaufe unserer Darstellung bereits mehrfach zu erkennen Gelegenheit gehabt. Und so ist es gerade deshalb von grossem Interesse, die Erweiterung des Satzes von der Zulässigkeit des Anefangs bei gestohlenen und geraubten Sachen zum „dinglichen" Rückforderungsrechte wider Willen verlorener Sachen zu verfolgen, weil die moderne Litteratur, deren Endziel stets die Feststellung materieller Rechtssätze bildete, auch hier eine materielle Rechtsentwickelung von vorneherein vermuthet hat. Dass diese Ansicht unrichtig ist, ergiebt sich jedoch daraus, dass gerade bei der gegentheiligen Annahme einerseits die anscheinenden Widersprüche der Quellen gehoben werden, andererseits aber die Art, in welcher sich die Quellen über die Frage der Vindicabilität aussprechen, ihre volle Erklärung findet. Und dieser Grund ist es auch, welcher uns veranlasst, davon abzusehen, die Zulassung der gegen den Dritten gerichteten Klage auf einen älteren weiteren Diebstahlsbegriff zurückzuführen. Selbst wenn man die Aussprüche der Volksrechte in dieser Art verstehen könnte, wäre diese Erklärung schon deshalb nicht befriedigend, weil sogar innerhalb der den engeren Diebstahlsbegriff voraussetzenden späteren Quellen der Uebergang von dem wichtigsten einzelnen Falle auf widerrechtlichen Verlust im Allgemeinen nachweisbar ist.

Treten wir nun der Prüfung dieser Frage im Einzelnen näher, so ist zunächst zu bemerken, dass weder eine Stelle existirt, in welcher die Vindicirbarkeit unterschlagener, noch eine solche, in welcher die Vindicirbarkeit wider Willen verlorener Fahrhabe im Allgemeinen mit voller Deutlichkeit ausgesprochen ist. Vielmehr finden sich nach beiden Richtungen im Wesentlichen nur Entscheidungen, welche sich auf einzelne unter diesen allgemeineren Thatbestand gehörige Fälle beziehen. Um den Gedankengang der Quellen zu ermitteln, werden wir uns also gleichfalls an diese einzelnen Fälle zu halten haben. Es sind dies die Fälle, dass jemand eine fremde Sache aus Irrthum weggenommen hat, dass jemandem fremdes Vieh zugelaufen ist, dass jemand fremde Sachen gefunden und endlich, dass er sie Dieben oder Räubern abgejagt hat. Nur die ersten beiden Fälle können hier eine nähere Betrachtung erfahren [4]), welche indessen auch

[4]) Der Verfasser hatte die Absicht, auch die übrigen Fälle eingehend

die für die Beurtheilung der beiden übrigen entscheidenden Gesichtspunkte hervortreten lassen dürfte.

I. Zunächst soll nach der neueren Litteratur ein diebliches Behalten und demgemäss ein Grund für den Eintritt des „dinglichen“ Rückforderungsrechts dann vorliegen, wenn Jemand eine fremde Sache aus Irrthum als die seinige an sich genommen hat. Dieser Fall characterisirt sich, wenn man die in Sachsensp. II, 29 aufgestellte Unterscheidung im Auge behält, unzweifelhaft als ein solcher, in welchem derjenige, der die Gewahrsam erlangt, die Sache „undüflike unde unroflike ut von jenes mannes weren gebracht hevet“. Eignet sich derselbe also nachträglich die durch Missgriff in seinen Besitz gekommene Sache an, so würde diese Handlung nicht unter den engeren, im Sachsenspiegel aufgestellten Begriff des eigentlichen peinlich zu strafenden Diebstahls fallen. Vielmehr könnte diese widerrechtliche Aneignung, wenn sie überhaupt mit Strafe belegt wird, als ein Vergehen behandelt werden, dessen Thatbestand dem der Unterschlagung im modernen Sinne entspricht. Und wenn die Volksrechte, abweichend von dem Sachsenspiegel, auch diese strafbare Handlung unter den Begriff des furtum aufnehmen sollten, so würde bereits aus diesem Umstande hervorgehen, dass der altgermanische Diebstahlsbegriff ein weiterer ist, als der des späteren Mittelalters.

Es soll nun keineswegs die Möglichkeit in Abrede gestellt werden, dass das germanische Recht die Unterschlagung durch Missgriff erlangter Sachen als ein besonderes Vergehen oder als einen besonderen Fall des furtum gekannt habe. Hervorzuheben ist aber doch, dass die Thatsache der irrthümlichen Wegnahme auch in einem ganz anderen Sinne in Betracht kommen konnte, nemlich nicht als Fundament einer besonderen Straf- oder Civilklage, sondern als Einrede gegen die eigentliche Diebstahlsklage. Mag nemlich die Ergreifung der Sache aus Irrthum offen oder heimlich erfolgen, d. h. in Gegenwart dritter Personen oder nicht, so unterscheidet sich doch diese Handlung von der den Thatbestand des Diebstahls oder Raubes ausfüllenden nur durch die Abwesenheit des rechtswidrigen Willens, also ein Moment, welches regelmässig nicht zur äusseren Erscheinung gelangt. Es ist nun freilich keineswegs ausgeschlossen, dass sich der Eigenthümer

zu behandeln. Doch ist ein für die Publikation ausreichendes Material nicht vorhanden. Anm. d. Herausgebers.

der Sache aus den die Wegnahme begleitenden Umständen oder auf andere Art von vorneherein die Ueberzeugung verschafft, dass dem Wegnehmenden der strafrechtliche dolus gefehlt hat und also ein eigentlicher Diebstahl nicht vorliegt. In diesem Falle wäre es dann auch denkbar, dass, falls der gegenwärtige Inhaber sich nicht freiwillig von seinem Irrthum überzeugen oder die Legitimation des Zurückfordernden nicht anerkennen will, eine rein reipersecutorische Klage gegen denselben angestrengt und dieselbe von vorneherein auf irrthümliche Wegnahme substantiirt wird. Diese Klage würde aber, wie hervorgehoben werden muss, nicht auf das diebliche Behalten gegründet sein. Im Gegensatz zu dem eben besprochenen Falle steht nun aber ein anderer, welcher, wenn es in Folge eines Missgriffs überhaupt zum Processe kommt, als der durchaus regelmässige anzusehen sein wird. Der Eigenthümer hält sich einfach an die äussere Handlung der Wegnahme, welche ohne ersichtlichen Rechtsgrund erfolgt ist, und zieht aus diesem Umstande, insbesondere, wenn die Rückgabe der Sache nicht freiwillig erfolgt, den Schluss, dass die Absicht rechtswidriger Zueignung obgewaltet habe. Er behauptet also mit gutem Gewissen, die Sache sei ihm gestohlen, und er verlangt von dem Inhaber der Sache, dass er sich von dieser Beschuldigung reinige. Aufgabe des letzteren ist es dann, den Irrthum als Entschuldigungsgrund geltend zu machen und darzuthun. Dieses Vorgehen des Klägers ist aber viel natürlicher, als wenn er die Klage auf Unterschlagung substantiiren wollte. Auch in diesem Falle würde er ja behaupten, dass Verklagter sich die Sache rechtswidrig angeeignet habe; er würde nur bereits in der Klage die Behauptung aufstellen, dass das innere Factum des strafrechtlichen dolus nicht schon bei der Apprehensionshandlung, sondern erst nach derselben obgewaltet habe. Solche Umstände können freilich in der Strafklage des modernen Rechts berücksichtigt werden, welche von einer Behörde ausgeht, die bereits vor der Klageerhebung die materielle Wahrheit zu ermitteln sucht und dabei auch die Entschuldigungsgründe des Angeklagten in Betracht zieht. Bei dem reinen Parteistrafprocess des germanischen Rechts, welcher ohne Vorverfahren mit der Klage eröffnet wird, ist es aber leicht erklärlich, dass der Kläger im Zweifel dem Beklagten die Ausführung derartiger zu seiner Vertheidigung dienenden Thatsachen überlässt.

In der That ergiebt denn auch eine genauere Prüfung der einschlägigen Quellenstellen, dass dieselben den Irrthum bei der Wegnahme einer fremden Sache fast ausschliesslich als Einrede gegen die eigentliche Diebstahlsklage behandeln. Das zeigt zunächst die wichtigste hierher gehörige Stelle der Volksrechte

> Edict. Rothar. c. 342: Si quis cauallum alienum aut quodlibet peculium, credens suum praeserit, et dominus proprius eum cognouerit, calumniaque generare uoluerit; ita decernimus, ut prebeat sacramentum ille qui eum tenuit, quia non asto animo, nec aliqua causa faciente eum praesisset, sed credidit suus fuisset: sit absolutus a culpa furti, et reddat caballum proprio domino inlesum. Si autem non praesumpserit iurare, reddat eum in actogild; quia postquam cognouit, quod suus non fuit, mox debuit proprio domino innotescere. Nam si eum, postquam cognouit, quod suus non fuit, ascenderit, sit culpabilis, ut supra (cf. c. 340), soliduos duo.

Lassen in dieser Stelle auch die Wendungen „calumnia generare uoluerit“ und „sit absolutus a culpa furti“ die Möglichkeit offen, dass die Klage wegen eines furtum im weiteren Sinne d. h. wegen einer Unterschlagung angestellt ist, so geht doch das Gegentheil aus dem von dem Verklagten abzuleistenden Entschuldigungseide hervor, welcher lediglich darauf gerichtet ist, die Apprehensionshandlung als eine irrthümliche, ohne rechtswidrige Absicht begangene darzustellen. Eine Rechtfertigung der Fortsetzung der Gewahrsam, d. h. eine Vertheidigung gegen den Vorwurf des dieblichen Behaltens, enthält dieser Eid nicht; hieraus folgt, dass die Stelle von der Voraussetzung ausgeht, die Beschuldigung ziele ausschliesslich auf diebliche Wegnahme d. h. auf eigentlichen Diebstahl. Gegen diese Interpretation kann auch nicht geltend gemacht werden, dass im weiteren Verlaufe der Stelle als Grund für die Verurtheilung zu der Diebstahlsbusse im Falle der Nichtleistung des Eides angeführt wird: quia postquam cognouit, quod suus non fuit, mox debuit proprio domino innotescere. Dieser Passus beweist nichts Anderes, als dass das Edict. Roth. auch hier, wie an so vielen anderen Stellen, aus dem Gedankengange herausgefallen ist.[5]) Der Grund für

[5]) Denn die Vergleichung mit dem gleichfalls die irrthümliche Wegnahme behandelnden c. 348 ibid. zeigt, dass die in dem obigen Kausalsatz

die Weigerung, den in c. 342 vorgeschriebenen Entschuldigungseid zu leisten, kann vielmehr nur der sein, dass der Verklagte denselben nicht leisten kann d. h. dass die den Inhalt desselben bildende Behauptung unwahr ist.

Nach der in unserer Stelle angegebenen Eidesnorm würde also die Nichtableistung des Eides das Zugeständniss enthalten, die Sache gestohlen zu haben. Zu dem gleichen Resultate führt auch das c. 348 Edict. Roth.:

> Si quis ab alio homine rogatus fuerit, caballum aut quolibet peculium querere, signaque ei dictauerit, et ille forsan qui rogatus est, caballum alienum aut peculium per errorem praeserit: si uenerit proprius dominus et calumniam generare uoluerit, ita prospeximus, ut ille qui eum per errorem tenuit, praebeat sacramentum, quia crededit ipsum esse, unde rogatus fuerit; tunc reddat caballum et amplius non calumnietur, si eum male non tractauerit. Et si non uenerit proprius dominus, reddat eum illi, de quem ipsum tulit, ut ipse iterum iuxta legem, sicut supra decretum est, conseruit.

Dem hier erörterten Fall ist nur deshalb eine besondere Erörterung gewidmet, weil der Irrende hier nicht beschwören kann, dass er die Sache für die seinige gehalten habe; da er im Auftrage eines Dritten gehandelt hat, so lautet vielmehr sein Entschuldigungseid dahin: quia crededit ipsum esse, unde rogatus fuerit. Aus dem „per errorem tenuit" kann hier aber um so weniger eine Rücksichtnahme auf eine etwaige Unterschlagung der Sache liegen, als der Gesetzgeber voraussetzt, dass der Beauftragte hier ganz ohne eigenes Interesse handelt und falls sich der Eigenthümer der durch Missgriff genommenen Sache nicht meldet, dieselbe seinem Auftraggeber herausgiebt.

enthaltene Bemerkung einen ganz anderen Fall betrifft, als den, welchen der erste Theil unserer Stelle behandelt. Es wird hier nemlich vorausgesetzt, dass der „certus dominus non venerit" d. h. dass sich der Eigenthümer der irrthümlich weggenommenen Sache nicht innerhalb einer bestimmten Frist (welche das Gesetz nicht angiebt und die daher nach den Umständen zu bemessen sein wird) von selbst meldet. Dann ist der Inhaber der Sache zum Aufgebot verpflichtet, und über dieses gilt dann das Gleiche, was unten sub Nr. 2 ausgeführt werden wird, d. h. die Unterlassung des Aufgebots begründet gleichfalls eine Diebstahlspräsumption.

Von den über den Missgriff handelnden Stellen der Quellen des späteren Mittelalters ist hier zunächst zu erwähnen:

Sachsensp. III, 89. Svie des anderen svert oder kleid oder becken oder scheremezse sime gelik na mer lüde wane von'me stoven dreget, oder sac idel oder vul von der mölen vürt, oder sadel oder vilt oder thom oder sporen oder ander gut enes anderen mannes nimt vor dat sin sime gelik, oder bedde oder küssen oder slaplakene, dar is mer to samene leget, oder ander gut svat it si vor dat sine nimt unde dat sine dar let; halt he it denne in deme wane dat it sine si unverholen, unde darn he dar sinen eid to dun, anevangen mach man't wol unde under ime beklagen; düve aver unde roves, of man ine des scüldeget dar an, des untscüldeget he sik uppe'n hilgen, of he des getüch hevet dat he it unhelinge gehalden hebbe; so ne mach man ine ok nener handhaften dat dar an scüldegen.

Der Schlusspassus dieses Capitels zeigt zunächst unzweifelhaft, dass Eicke von Repgow auch den Fall berücksichtigt hat, dass gegen den Irrenden die peinliche Diebstahlsbeschuldigung erhoben wird: Die Vertheidigung gegen dieselbe soll durch den Beweis des unverholenen Haltens und den Unschuldseid geführt werden. Aber auch die ausführliche Casuistik am Anfang der Stelle hat ersichtlich keinen anderen Zweck, als Umstände anzugeben, unter welchen die Berufung auf Irrthum zugelassen werden soll. Als wesentlich wird nach dieser Richtung gefordert, dass die fremde Sache sich mit einer eigenen zusammen befunden hat, ferner, dass zwischen beiden eine solche Aehnlichkeit bestand, dass eine Verwechslung nicht bloss nach Ansicht des Beklagten, sondern auch Anderer (dem sine gelik na mer lüde wane) möglich war, und endlich, dass Beklagter seine eigene Sache anstatt der fremden zurückgelassen hat. Bei diesem Inhalte der Einleitung des Capitels kann man nun auch nicht annehmen, dass die Worte „anevangen mach man't wol unde under ime beklagen“ zu dem Nachfolgenden etwa insofern in Gegensatz stehen, als hier die Klage nicht darauf gegründet werde, dass das Gut gestohlen oder geraubt sei. Der Gegensatz liegt vielmehr darin, dass in dem Schlusspassus an die Erhebung der eigentlichen peinlichen Klage d. h. der Kampfklage resp. der Klage auf handhafter That gedacht ist. Das „anevangen mach

man't wol etc." besagt aber gar nichts Anderes, als was der Wortlaut ergiebt, nemlich dass die Anefangsklage trotz der Ausschliessung der peinlichen Klage zugelassen werden soll, es hat also genau dieselbe Bedeutung, wie im Sachsensp. II 36 § 1, wo lediglich von gestohlenen oder geraubten Sachen gehandelt wird. Die Worte „halt he it denne in deme wane dat it sine si unverholen" haben gleichfalls nur den Zweck, die Voraussetzung zu fixiren, unter welcher der Irrende trotz des kampflichen Grusses durch den Unschuldseid entgeht, und im Falle das Gegentheil zutrifft d. h. falls die Sache verhohlen gehalten ist, tritt als Folge nicht etwa die Bestrafung wegen Unterschlagung, sondern die Zulässigkeit der peinlichen Klage, resp. die Verurtheilung zu der peinlichen Strafe wegen eigentlichen Diebstahls ein. „Unde darn he dar sinen eid to dun" endlich bezieht sich entweder auf den unsubstantiirten Unschuldseid gegenüber der eigentlichen Diebstahlsklage oder auf das Beschwören der Einrede, die Wegnahme im Irrthum vorgenommen zu haben, gegenüber der Anefangsklage[6]); eine Vertheidigung gegen die Anschuldigung wegen dieblichen Behaltens ist auch in diesem Eide nicht zu sehen. Demgemäss gesteht auch Cropp[7]) bei Besprechung von Sachsensp. III, 89 zu, dass hier die Frage der Unterschlagung nicht besonders erörtert werde, weil wohl die Verheimlichung die Vermuthung einer gleich von Anfang an gehegten dieblichen Absicht begründet habe; und Laband[8]) resumirt den Inhalt unserer Stelle dahin, dass dieselbe das Abschwören der dieblichen Absicht gestattet, wenn die Umstände die Annahme eines Irrthums rechtfertigen. Andere Schriftsteller führen aber auch Sachsensp. III, 89 als eine Stelle an, die von dem dieblichen Behalten handelt. Von den übrigen den Missgriff betreffenden Bestimmungen aus der Zeit des späteren Mittelalters steht der grösste Theil in einem Entlehnungsverhältniss zu der eben besprochenen Sachsenspiegelstelle, und es spricht schon aus diesem Grunde die Präsumption dafür, dass dieselben auch inhaltlich derselben gleichwerthig sind. Wenn daher Cropp aus dem Ausdruck in den Hamburger[9]) und

[6]) Letzteres wird wahrscheinlich nach einigen Handschriften, welche hinzufügen: „dat he is nicht en wiste".

[7]) In der oben S. 13 Anm. 26 citirten Abhandlung S. 355.

[8]) a. a. O. S. 72.

[9]) Hamb. R. v. 1270 IX art. 23; v. 1292 M. 19; v. 1497 O. 16.

Bremer Statuten[10]) „he gift it weder ane broke“ schliesst, dass im Falle des verholenen Haltens eine „Brüche“ verfällt, so ist diese Folgerung schon deshalb unzulässig, weil „ane broke“ einfach „straflos“ bedeutet. Im Uebrigen fügt bereits eine grosse Zahl von Handschriften in der oben citirten Sachsenspiegelstelle hinter „darn he dar sinen eid to dun“ hinzu „he blift is ane wandel“, so dass die Wendung in den Hamburger Statuten schon hierin ihre Erklärung findet. Das wichtigste Argument gegen Cropp ist freilich, dass nach seinem eigenen Zugeständniss weder das Hamburger noch das Bremer Recht eine Brüche für die Unterschlagung festsetzen. Demgemäss bleibt als einzige Stelle, in welcher gegen den Irrenden eine wirklich auf Missgriff basirende Klage angestrengt wird, folgende Bestimmung des lübischen Rechts übrig:[11])

Van misgrepe dat recht.

So war misgrepe ghedan wert, vnde wil de gene de it ghedan heuet weder gheuen vruntlike dat mach he wol don vnde so ne heuet he nenen broke ghedan wil auer het nicht weder gheuen mer beduunghen uan deme richtere uor gherichte so mot he wedden sestich schillinge der boret to deme richtere dat dridde del vnde der stat dridde del vnde deme cleghere dat dridde del.

Ob diese Stelle freilich eine erhebliche Stütze für Cropp's Theorie vom dieblichen Behalten bildet, muss dahingestellt bleiben; es handelt sich ja hier um eine offene Weigerung, das heisst also gerade das Gegentheil von der Verheimlichung.

2. Als einen zweiten Fall des dieblichen Behaltens führt Koestlin[11a]) die Unterschlagung gepfändeter Sachen an. Hierüber handelt die folgende Bestimmung des langobardischen Rechts, welche besonders für das Verständniss des altgermanischen Aufgebots von Interesse ist.

Ed. Rothar. c. 343. De peculio in damnum inuento. Si quis caballum alienum aut quodlibet peculium damnum facientem inuenerit, ipsumque in curte inclauserit, et non uenerit certus dominus qui eum cognuscat: tunc ille qui

[10]) Bremer Statuten v. 1303 ord. 99; v. 1428 I c. 31; v. 1499 ord. 98 (Ölrichs S. 125. 336. 547).

[11]) Lüb. R. (Hach) Cod. II c. 72. Cod. III c. 66. 374.

[11a]) Kritische Überschau Bd. III S. 204.

eum in damnum inuenit, ducat eum ad iudicem qui in loco ordinatus est, aut certe ante ecclesia in conuento usque quarta et quinta uicem, et omnibus uocem praeconia innotescat quia caballum inuenit. Et si non uenerit, qui eum cognuscat, iubemus ut ille, qui eum inuenit, caballicet et custodiat eum tamquam suum proprium. Et si mortuus fuerit, signa de ipso corio conseruit, ut cum uenerit certus dominus, habeat quod ei ostenderet; nam si ista neclexerit et inuentum fuerit, sibi nonus eum reddat, et si ista cautela obseruauerit, sit absolutus a calumnia.

Der herausgehobene Passus am Schlusse der Stelle kann natürlich, wie aus dem „inuentum fuerit“ hervorgeht und auch allseitig anerkannt wird, nur auf die Unterlassung des Aufgebots bezogen werden. In Folge dessen haben denn einige Schriftsteller diese Stelle als Beleg dafür angeführt, dass die Unterschlagung nach dem altgermanischen Rechte mit der Unterlassung des Aufgebots zur Vollendung gekommen sei. Hiergegen hat Köstlin eingewendet, dass die fraglichen Vorschriften schon deshalb nicht in diesem Sinne gemeint sein können, weil in ihnen die Bestimmung einer Frist für das Aufgebot fehle. In jenen Bestimmungen „liege vielmehr neben dem Zwecke, für den Eigenthümer zu sorgen, für den Besitzer der Sache die Aufforderung, sich einen Gegenbeweis gegen den Vorwurf der Unterschlagung zu sichern“. Der Mangel der Festsetzung einer Frist für das Aufgebot kann nun freilich, wie bereits oben bemerkt, sehr wohl in der Art erklärt werden, dass diese Frist nach den Umständen des einzelnen Falles bemessen werden sollte. Dagegen findet die Annahme Köstlin's, dass es sich bei dem Aufgebot wesentlich um die Sicherung des Beweises für das redliche Verhalten des Inhabers der Sache handelt, eine ganz erhebliche Unterstützung darin, dass dieses Aufgebot als eine „cautela“ bezeichnet wird. Der Gesetzgeber selbst fasst also das Unterlassen der Veröffentlichung der Pfändung nicht als an sich straffällig auf: er erblickt vielmehr hierin nur die Versäumung einer Vorsichtsmassregel gegen eine etwa gegen den Besitzer zu richtende „calumnia“. Bedenklich ist es nun aber, wenn Köstlin als Inhalt dieser calumnia den Vorwurf des dieblichen Behaltens angiebt; nach seiner eigenen wörtlichen Interpretation liegt gerade eine andere Annahme viel näher. Dass der Inhaber die Sache

wie seine eigene behandle, gestattet das Gesetz doch gerade, und das Aufgebot ist nur eine Cautela, von einem dieblichen Behalten ist also in der Stelle jedenfalls nicht ausdrücklich die Rede. Stellt man sich nun aber den Fall, welchen die Stelle behandelt, vor, so ergiebt sich, dass auch hier wieder für den Eigenthümer, wenn er den Inhaber der Sache der Unredlichkeit zeihen wollte, die eigentliche Diebstahlsklage am nächsten lag. Das Vieh, welches auf ein fremdes Grundstück übergetreten ist und dort Schaden angerichtet hat, ist von dem Grundbesitzer gepfändet und in seine Gewahrsam genommen worden. Diese Umstände, welche die Annahme eines eigentlichen Diebstahls ausschliessen, sind aber dem Eigenthümer des gepfändeten Viehs nicht aus eigener Wahrnehmung bekannt geworden. Findet er daher später seine Sache bei einem Dritten, bei welchem er eine unredliche Absicht nicht für völlig ausgeschlossen erachtet, so ist es jedenfalls natürlicher, wenn er bereits die Wegnahmehandlung als eine diebliche bezeichnet und nicht supponirt, dass der dolus bei dem Beklagten erst später entstanden sei. Dass das Aufgebot sehr wohl als Beweis dafür gelten kann, dass die Ergreifung der Sachen in rechtmässiger Art erfolgt sei, entspricht einer der deutschen Rechte durchaus vertrauten Anschauung.[12]) Für eine derartige Interpretation unserer Stelle spricht nun aber gerade der Umstand, dass bei ihr das Schweigen über den Inhalt der gegen den Besitzer zu richtenden Calumnia seine Erklärung findet. Die vorhergehenden Capitel des Edict. Roth. beschäftigen sich nemlich sämmtlich mit der Aufstellung von Präsumptionen für die diebliche Absicht bei der Wegnahme fremder Sachen: C. 340 entzieht demjenigen, der mit einem fremden Pferde über eine gewisse Entfernung hinaus reitet, die Einrede, dass seine Absicht nur auf ein furtum usus gerichtet gewesen sei. Nach c. 341 soll derjenige, welcher ein fremdes Pferd an sich nimmt und unkenntlich macht, ohne Weiteres als Dieb behandelt werden. C. 342 endlich ist die oben besprochene Stelle über den Irrthum, welche durch Vergleichung von c. 343 u. c. 379 Ed. Roth. zu besserem Verständnisse kommt. Diesen Bestimmungen würde sich dann c. 343, wenn unsere Interpretation zutreffend wäre, folgerichtig anschliessen.

[12]) Vgl. über dieselbe unten S. 410 ff.

Die vorstehenden Erörterungen waren wesentlich darauf gerichtet, nachzuweisen, dass auch in solchen Fällen unfreiwilligen Verlustes, in welchen kein eigentlicher Diebstahl vorliegt, dennoch die Diebstahlsklage erhoben werden und sogar die Verurtheilung nach dem Klageinhalte erfolgen konnte; die Frage nach Begriff und Strafe der Unterschlagung im altgermanischen Rechte waren für uns daher von geringerem Interesse. Es soll jetzt noch bemerkt werden, dass aus den vorstehenden Erwägungen auch nach dieser Richtung hin Schlüsse gezogen werden können. Wenn nemlich die neuere Litteratur zwischen eigentlichem Diebstahl und dieblichem Behalten unterscheidet, so geschieht das in dem Sinne, dass bei dem letzteren Vergehen die Sache nicht durch eine in der Absicht rechtswidriger Zueignung begangene Wegnahmehandlung aus der Gewahrsam des Eigenthümers in die eines Unberechtigten gelangt, während im Uebrigen der Thatbestand beider Vergehen identisch ist. Insbesondere soll es also auch für die altgermanische Unterschlagung wesentlich sein, dass der Inhaber der Sache sich dieselbe unrechtmässig aneignen will, und dieses Moment findet anscheinend in dem Ausdrucke „diebliches Behalten“ d. h. für sich behalten, sich aneignen, was man bereits thatsächlich innehat, einen geeigneten Ausdruck. Dem gegenüber muss nun aber zunächst hervorgehoben werden, dass dieser Ausdruck kein quellenmässiger, sondern eine Erfindung von Cropp ist, welche auf einer unrichtigen Lesart von Sachsensp. II, 29 beruht[13]) und auch im Uebrigen in den Quellen keine Unterstützung findet. Letztere sprechen nemlich in den hierher gehörigen Bestimmungen lediglich von einem düfliken halden, verholen halden, rem furtive tenere, alles Ausdrücke, in welchen die Beziehung auf die Absicht der rechtswidrigen Zueignung vollständig fehlt. In dem düfliken halden liegt nur, dass der Inhaber die Sache so hält, so aufbewahrt, wie es ein Dieb thun würde; er verhält sich der Sache gegenüber wie ein Dieb, „se pro fure gerit“. Aber selbst wenn irgendwo in den Quellen von „düfliken behalden“ gesprochen sein sollte, würde dieses noch nicht die Cropp'sche Auffassung unterstützen;

[13]) Cropp liest hier in dem Passus „unde mut it mit bute weder geven unde mit gewedde, wende he't düfliken gehalden hevet“ statt ‚gehalden‘, ‚behalden‘. Die Croppsche Lesart ist in der Homeyerschen Ausgabe nicht einmal als Variante angeführt; auch in der Zobelschen Ausgabe steht „gehalden“.

denn „behalden“ bedeutet, ebenso wie „halden“, „aufbewahren“, z. B. in der Wendung „to behaldene dun“, und so spricht denn auch der Richtst. Landr. 12 § 1 bezüglich gefundenen Gutes von einem „unvorholen behalden“ d. h. einem offenen Aufbewahren. Auch der Richtst. Landr. c. 12 § 3 und c. 15 § 2, welche den Inhalt des dem unredlichen Finder resp. demjenigen, der Sachen Dieben und Räubern abgejagt und nicht aufgeboten hat, gemachten Vorwurfs näher wiedergeben, enthalten nichts über die Absicht, sich die Sache rechtswidrig anzueignen. Wäre es nun auch möglich, dass die Quellen die Verheimlichung der Sache, das „vorsaken, oft man danach vraget“ als ein untrügliches Zeichen für den animus rem sibi contrectandi aufgefasst haben, so bleibt es immerhin auffallend, dass fast ausschliesslich dieses Merkmal betont, dagegen z. B. das eigene Verbrauchen und die Veräusserung garnicht erwähnt werden. Ueber die wahre Bedeutung des „düfliken halden“ giebt uns nur der Umstand Aufschluss, dass dasselbe nicht bloss den Thatbestand der Unterschlagung bildet, sondern auch, wenn eigentlicher Diebstahl vorliegt, in Betracht kommen kann. Gegen den Inhaber einer in Wahrheit gestohlenen oder geraubten Sache erzeugt nemlich die Verheimlichung der Sache eine Präsumption, welche entweder zu dessen Ueberführung vollständig genügt oder wenigstens die Zulässigkeit der Kampfklage begründet. Dass nun aber hier das düfliken halden nicht eine rechtswidrige Aneignungshandlung, sondern lediglich einen Beweis für die bereits früher erfolgte diebliche Zueignung bedeutet, ist ohne Weiteres klar.

Hält man nun diese Erwägungen mit dem zusammen, was wir oben aus den Bestimmungen der Volksrechte entwickelten, so würde für den Begriff der Unterschlagung und seine historische Entwicklung eine sehr wahrscheinliche Erklärung gegeben werden können. Oben wurde nemlich nachzuweisen versucht, dass die ältesten Quellen gerade solche Fälle des Verlustes wider Willen berücksichtigen, in welchen der Kläger von seinem Standpunkte aus eigentlichen Diebstahl behaupten konnte; und da fast in allen diesen Bestimmungen auf das Vorliegen einer eigentlichen Aneignungshandlung kein besonderes Gewicht gelegt war, so nehmen wir an, dass der Inhaber der Sache auch als Dieb verurtheilt wurde. Neben den oben aufgeführten Gründen lässt sich aber zur Erklärung der obigen Vorschriften auch noch ein anderer anführen. Es liegt nemlich in der ganzen Anlage des germanischen Rechts tief begründet, dass eine Handlung ihren

Charakter nicht bloss durch solche Umstände erhalten kann, welche ihr vorausgehen resp. sie begleiten, sondern auch durch solche, welche ihr nachfolgen. Der Grund für diese Erscheinung dürfte zwar in dem formalen Beweisrecht des alten Rechts zu suchen sein, durch welches die Nöthigung gegeben wurde, thatsächliche Momente, welche heute als Anhaltspunkte für die Bildung der richterlichen Ueberzeugung dienen, zu praesumptiones iuris et de iure zu erheben; in den Quellen erscheinen aber diese dem Vergehen nachfolgenden Umstände als Theile des Thatbestandes. Ganz besonders kann nun aber die Verheimlichung einer Handlung die Strafbarkeit derselben erhöhen, ja erst begründen. Dieses beweisen besonders die Bestimmungen über den Mord, ein Verbrechen, dessen Analogie für die Feststellung des Diebstahlsbegriffs schon deshalb besonders nahe liegt, weil die Quellen selbst den Mord als ein furtivo modo occidere bezeichnen. Mord ist eben heimliche Tödtung. Als Thatsachen, welche den Mord von der einfachen Tödtung unterscheiden, erwähnen nun die Quellen bekanntlich besonders das Verbergen des Leichnams, Ableugnung der That, ja sogar einfache Nichtveröffentlichung der That. Nun ist zwar das homicidium auch abgesehen von diesen Umständen ein Verbrechen, dessen Strafbarkeit, wenn es sich als Mord qualificirt, nur erhöht wird; aber es ist auch möglich, dass eine an sich straflose Tödtung durch nachträgliche Verheimlichung erst den Charakter eines Verbrechens erlangt. Dieses gilt insbesondere von der Tödtung aus Rache, resp. bei zulässiger Selbsthülfe und bei der Tödtung eines Friedlosen. Die Versäumung der Veröffentlichung der Tödtung, welche das objective Recht verlangte, drückte der That nachträglich den Stempel der Strafbarkeit auf, und ganz in derselben Weise mag das „düfliken halden“ dazu gedient haben, die Entziehung der Sache ex post als eine durch Diebstahl erfolgte erscheinen zu lassen.

Das Resultat, welches sich aus den vorstehenden Erwägungen ergiebt, ist das folgende. Die Zulassung der Anefangsklage im Falle des Diebstahls und des Raubes musste als thatsächliche Folge nach sich ziehen, dass diese Klage auch in anderen Fällen des Verlustes wider Willen angestellt wurde. Ist es nun aber lediglich ein thatsächliches Ergebniss des Anefangsverfahrens, dass dasselbe unter Umständen zur Rückerlangung beweglicher Sachen aus fremder Hand führt, so steht nichts im Wege, dass dasselbe auch in den soeben aufgeführten Fällen eintritt. Wenn

also der Satz von der Vindicirbarkeit beweglicher Sachen überhaupt nicht dem materiellen Rechte angehört, so ist ja lediglich die Thatsache, dass im Anefangsprocesse verhandelt worden ist, entscheidend.

Gegen die Tragweite unserer vorstehenden Erörterungen kann nun nicht etwa der Einwand erhoben werden, dass die Anstellung der Diebstahlsklage in den oben behandelten Fällen dem objectiven Rechte widerspricht — denn weder der Beklagte, noch einer seiner Vorbesitzer hat einen Diebstahl begangen — und dass diese dem objectiven Recht widersprechende Anwendung der Anefangsklage unmöglich als ein rechtserzeugendes Moment in Betracht gezogen werden kann. Wir haben selbst an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass die Auffassung der Rechtsverfolgungsmittel des altgermanischen Rechts, wenn dieselben auch eines Missbrauchs fähig sind, doch nicht durch diesen Missbrauch, sondern lediglich durch den ordnungsmässigen Gebrauch, zu welchem sie geschaffen sind, bestimmt werden kann. Dem gegenüber muss nun hier mit aller Entschiedenheit hervorgehoben werden, dass an die oben aufgeführten Fälle eine ganz andere Beurtheilung als Massstab angelegt werden muss und dass bei denselben in der That von dem Missbrauch einer Klagform nicht die Rede sein kann. Denn das geht doch aus dem oben von uns Ausgeführten zur Evidenz hervor, dass derjenige, dem die Sache wider Willen entzogen ist, in den aufgeführten Fällen nach bestem Wissen und ohne unentschuldbaren Irrthum zu der Ueberzeugung gelangen kann, dass ihm die Sache durch Diebstahl oder Raub entzogen sei. Die Gründe, welche zur thatsächlichen Widerlegung dieser Annahme führen können, sind ihm ja ihrer Natur nach regelmässig unbekannt, theils, weil sie in der inneren Willensrichtung einer anderen Person ruhen, theils, weil es sich um Thatsachen handelt, welche nicht in seiner Gegenwart geschehen sind. Aber selbst, wenn der Geschädigte nicht die positive Ueberzeugung von dem Vorhandensein eines Diebstahls oder Raubes erlangt hat, wenn derselbe vielmehr über den wahren Thatbestand der Apprehensionshandlung im Zweifel ist, ist es bei den altgermanischen Zuständen, denen ein vorgängiges Ermittlungsverfahren unbekannt ist, durchaus erklärlich und natürlich, dass derselbe die Klage auf die Diebstahlsbeschuldigung richtet und hierdurch dem Gegner die Gelegenheit giebt, jeden Verdacht, welcher auf seine Handlungsweise geworfen werden

könnte, zu widerlegen. So charakterisirt sich also die Thatsache, dass die Anefangsklage in Fällen auf Diebstahl und Raub gestützt wird, in welchen in Wahrheit keine von diesen strafbaren Handlungen stattgefunden hat, nicht als ein Missbrauch, sondern als eine nothwendige praktische Consequenz. Und dass gerade die Quellen von dieser Ansicht ausgehen, erhellt ja zur Genüge daraus, dass eine so grosse Zahl von gesetzlichen Bestimmungen sich mit der Frage beschäftigt, wie sich derjenige, der des Diebstahls an einer dem Kläger wider Willen entzogenen Sache bezichtigt ist, dieser Anschuldigung gegenüber zu vertheidigen habe. Die Thatsache freilich, dass in jenen Fällen die Substantiirung der Klage auf Diebstahl und Raub objectiv falsch ist, kann nicht geleugnet werden; welche Bedeutung aber die falsche Klaganstellung für die Fortbildung eines rein praktischen Rechts hat, zeigt sich zur Genüge darin, dass die Eigenthümlichkeit und Wichtigkeit der Anefangsklage selbst in einem solchen Fehler liegt, insofern dieselbe nemlich häufig gegen den Besitzer der Sache, der nicht der Dieb ist, gerichtet wird, und letzterer dann durch Gestellung des Gewähren nachweist, dass er der unrechte Beklagte sei.

Gegen diese Schlusssetzung könnte nun weiter der Einwand erhoben werden, dass der Anefangskläger bei Erhebung der Klage zu beschwören hat, dass die von ihm intertiirte Sache eine ihm gestohlene sei. Dieser Einwand ist aber für die ältere Zeit deshalb unerheblich, weil der von dem Kläger zu leistende Eid ein Voreid ist, demgemäss nicht auf die Wahrheit der beschworenen Thatsachen, sondern darauf gerichtet ist, dass Kläger von der Wahrheit derselben überzeugt ist. Immerhin könnte man aus der Verpflichtung des Klägers zur Ableistung dieses Gefährdeeides folgern, dass derselbe zu einer sehr genauen Prüfung der Art seines Verlustes gezwungen war und deshalb die Fälle, in welchen er wahrheitswidrig dieblichen oder raublichen Verlust behauptet, sehr selten gewesen sein werden. Auch diese Annahme würde aber unrichtig sein. Vielmehr zeigen gerade die Bestimmungen über den von dem Anefangskläger zu leistenden Voreid auf das Deutlichste, dass wir der thatsächlichen Möglichkeit der Anwendung der Diebstahlsklage auf andere Arten des unfreiwilligen Verlustes keine zu grosse Bedeutung beigelegt haben.

Bisher haben wir den Fall vor Augen gehabt, dass gegen den Besitzer einer beweglichen Sache die Diebstahlsbeschuldigung

gerichtet wurde, während objectiv weder von ihm, noch von einem Dritten an der Sache ein Diebstahl begangen war. Jetzt wollen wir es umgekehrt als objectiv feststehend ansehen, dass die unter dem Anefangsbeklagten befindliche Sache dem Kläger in der That durch Diebstahl entzogen ist. Wird nun aber auch überall, wo diese Voraussetzung zutrifft, der Kläger selbst nach dem, was zu seiner subjectiven Kenntniss gelangt ist, in der Lage sein, mit Gewissheit zu behaupten und zu beschwören, dass er die Gewahrsam der Sache durch Diebstahl oder Raub verloren habe? Unter besonderen Umständen gewiss, so z. B. wenn der Dieb auf der That ertappt ist, sich jedoch unter Mitnahme der Sache geflüchtet hat, oder wenn aus den zurückgebliebenen Spuren erhellt, dass die Wegnahme der Sache mittelst Einbruches oder Einsteigens verübt wurde. Aber andererseits wird es auch eine grosse Zahl von anderen Fällen geben, in denen der Eigenthümer die Möglichkeit offen lassen muss, dass der Verlust auf andere Art, als durch Diebstahl, erfolgt ist. Der Wegnehmende kann sich möglicherweise in einem Irrthum befunden, das abhanden gekommene Thier kann von der Weide auf die Strasse übergetreten und dort gefunden oder einem Fremden zugelaufen oder auf dem Grundstück eines Dritten gepfändet worden sein. Das sind Umstände, die zwar juristisch von grösster Wichtigkeit sind, die sich aber in der Regel der eigenen Wahrnehmung des Verletzten entziehen. Wollte der Eigenthümer alle diese Eventualitäten in Erwägung ziehen, so würde er allerdings Bedenken tragen müssen auf Grund seiner Kenntniss von der Sachlage das Vorhandensein eines Diebstahls oder Raubes zu behaupten und zu beschwören und möglicherweise an der Anstellung einer im concreten Falle durchaus gerechtfertigten Klage verhindert werden. Denn die objective Feststellung, von der wir ausgingen, und nach welcher eine derartige Behauptung wahrheitsgemäss wäre, ist ja für ihn nicht vorhanden; diese ergiebt sich im Leben und in der Praxis eben erst als Resultat der im Laufe des Processes stattfindenden Beweisaufnahme. Vom Standpunkte des Anefangsklägers können also die Fälle, in denen Diebstahl oder Raub vorliegt, ihrer äusseren Erscheinung nach mit denjenigen, in welchen ein anderer Verlust wider Willen eintritt, völlig identisch sein. Dieser Umstand beweist aber wohl zur Genüge, dass oben der unrichtigen Anstellung der Diebstahlsklage keine zu grosse praktische Bedeutung beigelegt worden ist. Auch wenn die Sache

wirklich gestohlen ist, wird der Besitzer häufig nichts Anderes mit Bestimmtheit behaupten können, als dass er die Sache früher innegehabt habe und dass sie ohne seinen Willen aus seiner Gewahrsam gekommen sei, und aus dieser Thatsache in Verbindung mit der anderen, dass die Sache sich jetzt im Besitze eines Dritten befindet, wird er den Schluss ziehen, dass ihm die Sache gestohlen sei. Aus eigener Wissenschaft wird aber auch der Anefangskläger, gegen den wirklich ein Diebstahl verübt ist, nur behaupten können, dass er die Sache wider seinen Willen verloren habe. Das ist aber nichts Anderes, als was er auch in denjenigen Fällen behaupten kann, wo sich nachher herausstellt, dass es nicht ein Diebstahl, sondern Irrthum etc. war, wodurch der Beklagte in den Besitz der Sache gelangte. Demnach ergiebt sich für alle Fälle der Anefangsklage ein und derselbe Inhalt der Klagesubstantiirung. Der Kläger erkennt die Sache als die, die er in dem Gewahrsam hatte und aus demselben wider Willen verloren hat. Er knüpft an diese Thatsachen die Behauptung, dass es Diebstahl war, wodurch er sie verlor, eine Behauptung, welche sich keineswegs immer auf sein Wissen, häufig nur auf ein Vermuthen gründen wird. Erst durch den Gang des Verfahrens entscheidet sich, ob diese Behauptung eine zutreffende war oder nicht. Daraus, dass die auf einen Diebstahl gegründete Anefangsklage auch in Fällen angestellt wird, in denen nachträglich ein Diebstahl als nicht begangen erwiesen wird, kann daher ein Argument gegen die Begründung der Anefangsklage auf Diebstahl und Raub nicht entnommen werden.

Excurs.

Das bairische Firmationsverfahren.

Als Inhalt der gesetzlichen Gewährleistungspflicht des deutschen Rechts, wie dieselbe in einem Theile der Volksrechte und noch deutlicher in den Rechtsquellen des späteren Mittelalters normirt wird, ergab sich uns[1]) die Verpflichtung des Auctors, in den von dem Dritten gegen den Käufer anhängig gemachten Rechtsstreit einzutreten. Dagegen trat die Verpflichtung des Auctors, dem Käufer die Sache zu erhalten, in den obigen Bestimmungen mehr zurück, und zwar deshalb, weil ihre Nichterfüllung keinen weiteren Nachtheil für den Gewähren nach sich zieht. Gesetzlich war Verkäufer im Evictionsfalle nur zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet; vertragsmässig konnten natürlich auch weitere Nachtheile festgesetzt werden. Durch Vereinbarung der Contrahenten wurde aber häufig die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das habere licere zu sichern, auch in anderer Art als durch Festsetzung einer Strafe zu einer besonders schweren und festen gemacht. Der Verkäufer konnte nemlich versprechen, dass er die Vertheidigung der Sache gegen Ansprüche Dritter in einer dem Käufer besonders günstigen Art, nemlich noch durch weitere Handlungen als die gesetzlich vorgeschriebenen führen werde, ein Versprechen, welches dann freilich nur durch eine bei seiner Nichterfüllung eintretende Strafe Kraft erhielt.

Eine Vertragsclausel dieses Inhalts ist das Versprechen des firmare im bairischen Rechte, dessen Nichterfüllung auch ohne ausdrückliche Verabredung die poena dupli nach sich zieht, und zwar eine besonders erschwerte poena dupli. Dasselbe soll, weil

[1]) Vgl. oben § 14.

im Vorangegangenen mehrfach erwähnt und für die richtige Auffassung der Gewährleistungspflicht überhaupt von Bedeutung, in Folgendem ausführlicher erörtert werden.

Die Stellen der Lex Baiuvariorum, welche dieses Institut behandeln, gehören zu den dunkelsten des Gesetzes und haben zu sehr eingehenden Erörterungen Anlass gegeben, Erörterungen, welche aber zu einem sicheren Resultate nicht geführt haben. Auch wir sind nur in der Lage, über den Inhalt der bezüglichen Stellen eine Vermuthung auszusprechen, hoffen aber, dass das hier Gebotene wenigstens den Weg zeigen wird, auf welchem ein Verständniss derselben erlangt werden kann.

Die Stelle, deren Interpretation den Ausgangspunkt und das Endziel der Untersuchung bilden muss, ist

> Lex Baiuvar. XVI c. 11. Et si mancipium alioquin si dicit: „Istud mancipium ego prehendi extra terminum, ubi dux exercitum duxit“ et alibi „Dux illum per debita et iusta culpa tulit et mihi licenter tradidit“. Reliqua ornamenta: „Quod mancipii mei ex propria mea materia laboraverunt et fecerunt“ aut „fabri“, huiusmodi si fuerit, „propterea tradidi et firmabo“. Si haec defuerint in supradictis rebus, nullatenus potest firmare. Si autem firmaverit, non potest ab eo cui firmavit, nisi ipse voluerit, retrahere, si campio quaesitoris vicerit.
>
> c. 12. Si se firmare promiserit emptori, id est suiron, et non potuerit per haec verba veraciter, ut supra diximus, et constitutum ruperit: tunc pretium reddat et talem terram aut speciem, qualem se firmare pollicebat, restituat sine mora, eo quod valde reprensibilis est res alterius dare, quia aliquotiens exinde scandala nascantur.

Auf diese Stelle ist zuerst von Siegel[2]) die Ansicht gegründet worden, dass die Lex Baiuvariorum bei der rechtlichen Behandlung der Gewährleistung von anderen Gesichtspunkten ausgehe, wie die übrigen Volksrechte. Während die letzteren, so führt Siegel aus, den Auctor zur Uebernahme des Evictionsprocesses verpflichten und es dann von der in diesem ergehenden Entscheidung abhängig machen, ob der Käufer im Besitze der Sache bleibe oder von dem Verkäufer Erstattung des Kaufpreises

[2]) Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens S. 259 ff.

zu verlangen habe, verpflichte sich nach bairischem Rechte der Verkäufer für den Fall einer von einem Dritten erhobenen Ansprache zu einer Handlung, durch deren Vornahme der Käufer in dem Besitze der Sache definitiv sichergestellt werde. Wenn der Verkäufer in den Process eintrete und diese Handlung (das firmare) vornehme, so werde der Käufer bereits dadurch von dem Anspruche des Dritten auf die Sache völlig befreit; er brauche die Sache nicht mehr herauszugeben „si campio quaesitoris vicerit.“ Während also die Gewährleistungspflicht in den übrigen Volksrechten eine alternative sei (entweder auf Erhaltung der Sache oder auf Erstattung des Kaufpreises), wäre die durch das firmare promittere begründete Obligation nur auf die erstere Alternative gerichtet. Leiste der Verkäufer dieser Verpflichtung nicht Genüge, nehme er das firmare nicht vor, so liege ein Vertragsbruch vor, welcher ihn nicht bloss zum Schadensersatze, sondern auch zur Strafe verpflichte.

Die Bedeutung des „firmare“ erklärt nun Siegel aus folgender Stelle, die hier ihrem ganzen Inhalte nach aufgenommen werden muss:

Lex Baiuv. text. I append. IV (cf. text. II tit. 42; text. III tit. 7 c. 5). De his qui propriam alodem vendunt vel quascumque res, et ab emptore alter abstrahere voluerit et sibi sociare in patrimonium. Tunc dicat emptor ad venditorem: „Terram“ aut quascumque fuerit res, „abstrahere mihi vult vicinus meus“, ut quis fuerit; et iste respondit: „Ego quod tibi donavi, cum lege integra et verbis testificatione firmare volo“. Super 7 noctes fiat constitutum. Si dicit, cum utrique utrasque partes conveniunt: „Cur invadere conaris territorium [meum], quam ego iuste iure hereditatis donavi?“ Et ille alius econtra: „Cur meum donare debuisti, quod mei antecessores antea tenuerunt“. Iste vero dicit „Non ita; sed mei antecessores tenuerunt et mihi in alodem reliquerunt, et vestita est illius manu, cui tradidi, et firmare volo cum lege“.

Si statim voluerit, liberam habeat potestatem; sin autem postea, super 3 dies aut 5 aut certe 7 ea ratione firmet. Per 4 angulos campi aut designatis terminis per haec verba tollat de ipsa terra, vel aratrum circumducat, vel de herbis aut ramis, silva si fuerit: Ego tibi tradidi et legitime firmabo; per ternas vices dicat haec verba et

cum dextra manu tradat, eum sinistra vero porrigat wadium huic qui de ipsa terra eum mallet, per haec verba: Ecce wadium tibi do quod tuam terram alteri non do legem faciendi. Tunc ille alter suscipiat wadium, et donet illud vicessoribus istius ad legem faciendi. Si causa fuerit inter illos pugnae, dicat ille qui wadium suscepit: „Iniuste territorium meum alteri firmasti", id est farsvirotos, „ipsum mihi debes reddere et cum 12 solidis conponere"; tunc spondeat pugna duorum et ad Dei pertineat iudicium. Sin autem, cum sacramento se defendat, id est cum 12, quod suam terram iniuste non firmasset alteri, nec suae ditioni restituere deberetur, nec cum 12 solidis conponere.

Aus dieser Stelle folgert Siegel, dass die firmatio in einer feierlichen Wiederholung der früher erfolgten Eigenthumsübertragung in Gegenwart des Angreifers bestanden habe. Diese feierliche Bestätigung der früher stattgehabten Tradition habe eben die Wirkung gehabt, dass der Verklagte durch dieselbe nunmehr gegen den Anspruch des Dritten vollständig gesichert wurde, während Letzterer nur noch mit der Klage aus der unrechten Bestätigung Entschädigung von dem firmirenden Auctor verlangen konnte.

„Firmare" wird nun in Lex Baiuvar. XVI, 12 durch „suiron" erklärt, ebenso wie in Appendix 4 „iniuste firmasti" durch „farsvirotos" übersetzt wird. Nach J. Grimm[3]) hängt nun „suiron" mit den althochdeutschen Worten „sverjan" (iurare) und „svar" (responsum) zusammen und bedeutet „feierlich überantworten", während „farsuiron" als „unrechtmässig feierlich überantworten zu erklären ist. Dieser Erklärung ist Siegel beigetreten.

Siegels Ausführungen sind in einzelnen Punkten berichtigt, im Ganzen bereichert worden durch die eingehende, namentlich auch ein reiches Urkundenmaterial heranziehende Abhandlung von Johannes Merkel über „das firmare des bairischen Volksrechtes."[4])

Unsere Ansicht steht derjenigen Siegels im Resultate keineswegs fern, jedoch erheben sich gegen letztere verschiedene Bedenken. Sollte nemlich in der Stelle Lex Baiuv. XVI, 11 wirklich ausgesprochen werden, dass der Kläger die Sache nicht von

[3]) Rechtsalterthümer S. 115 Note*.

[4]) Zeitschrift für Rechtsgeschichte II S. 101—174.

dem Käufer zurückfordern kann, so hätte das auch gesagt werden müssen; bei unbefangener Betrachtung dieser Stelle muss man aber wohl annehmen, dass in dem Passus

„si autem firmaverit, non potest ab eo cui firmavit nisi ipse voluerit retrahere"

Subject zu „potest" der Verkäufer, nicht aber der Kläger ist, der erst am Schlusse in den Worten „si campio quaesitoris vicerit" erwähnt wird. Demgemäss haben Andere diese Stelle lediglich auf das persönliche Verhältniss zwischen Verkäufer und Käufer bezogen; sie nehmen an, dass die Gewährleistung in der Lex Baiuvariorum ebenso, wie in den anderen Volksrechten, darin bestehe, dass der Auctor für den ursprünglich Verklagten den Process durchführt, Letzterer aber durch die gegen den Auctor gefallene Entscheidung zur Herausgabe der Sache verpflichtet wird. Der Widerspruch, in welchen diese Annahme zu dem Wortlaute des Gesetzes tritt, wird dann dadurch beseitigt, dass die Lesart „si campio quaesitoris vicerit" reprobirt, und an Stelle dessen auf Grund einer einzigen Handschrift „si campio venditoris vicerit" gelesen wird.

Nach dieser, zuerst von Merkel[5]) gegebenen Erklärung enthält also die Stelle eine Trivialität sonder Gleichen. Heusler[6]), welcher Merkel beitritt, sucht wenigstens nach einem Grunde für die ausdrückliche Erwähnung des „non potest retrahere" und findet denselben darin, dass bestimmt werden soll, der siegende Verkäufer, welchem die Sache zugesprochen werde, solle sich nicht auf den formalen Erkenntnisstenor stützen dürfen. Wie Heusler selbst zugesteht, bleibt aber dann trotz der Textänderung das „nisi ipse voluerit" unerklärt.

Ein zweites Bedenken gegen die Ansicht Siegel's besteht darin, dass er die Appendixstelle nur bis zu der Ableistung des firmare (d. h. nach ihm bis zu der symbolischen Tradition und der sich an dieselbe schliessenden fides facta) aus sich selbst erklärt, demnächst aber seine Erklärung lediglich auf Lex Baiuvar. XVI, 11 stützt. Nun schliesst aber Append. 4 der firmatio folgende Worte an:

Si causa fuerit inter illos pugnae, dicat ille qui wadium suscepit „Iniuste territorium meum alteri firmasti"

[5]) A. a. O. S. 111—113.

[6]) Gewere S. 32 f.

id est farsvirotos „ipsum mihi debes reddere et cum 12 solidis conponere“.

Also auch, nachdem der Verkäufer die firmatio geleistet hat, fordert der Kläger von ihm die Sache selbst zurück; von einer Ersatzforderung, die Siegel als den Gegenstand dieser Klage „aus der unrechten Bestätigung“ bezeichnet, wird in dieser Stelle gar nicht gesprochen. Das ist doch wohl ein Widerspruch gegen Lex Baiuv. XVI, 11, der eine Aufklärung erheischt, wenn anders nicht die ganze Ansicht als unglaubwürdig erscheinen soll.

Nichtsdestoweniger glauben wir, dass Siegel mit Recht in dem firmare der Lex Baiuvariorum eine besondere Form der Gewährleistung gefunden hat, und zwar aus folgenden Gründen.

Lassen wir nemlich vorläufig die eingehende Schilderung des Verfahrens in der Appendixstelle völlig bei Seite und halten wir uns lediglich an die hierher gehörigen Stellen des XVI. Titels der Lex Baiuvariorum, so fällt zunächst auf, dass es in den letzteren als fraglich dahingestellt wird, ob der Verkäufer das firmare überhaupt leisten kann. Wäre, wie Grimm und Siegel behaupten, das firmare nur eine feierliche Wiederholung der Eigenthumsübertragung, bei welcher völlig gleichgültig ist, ob der Auctor in Wahrheit ein Recht an der Sache hat, so würde es gar nicht zu begreifen sein, was ihn an der Vornahme dieses Actes hindern sollte; die einzig mögliche Erklärung für die Verweigerung des firmare wäre dann, dass er seiner Contractspflicht nicht genügen will. Siegel[7]) macht nun allerdings beiläufig darauf aufmerksam, dass bei der firmatio auch die Angabe des Erwerbsgrundes des Auctors erforderlich sei; er hebt aber andererseits[8]) auch hervor, dass dieser Erwerbsgrund nicht bewiesen zu brauchen hat, und dass sein Nichtvorhandensein nur zur Folge hat, dass der Gewähre bei der Klage aus der unrechten Bestätigung unterliegt. Wenn aber der Gewähre diese Gefahr nicht auf sich nehmen will, dann scheint das firmare promittere gar keinen Werth für den Käufer zu haben, und weiter kann man auch nach dieser Bemerkung Siegels, welche die Angabe des Erwerbsgrundes doch immer Parteibehauptung bleiben lässt, noch nicht sagen, dass der Auctor diese Behauptung nicht aufstellen kann.

7) S. 261.

8) S. 261 Note 3.

Die Unrichtigkeit der Ansicht Siegels, dass bei der firmatio die Wiederholung der Tradition das Hauptsächliche sei, ergiebt sich nun aus den folgenden Wendungen der beiden oben citirten Stellen

1. si se firmare promiserit emptori, id est suiron, et non potuerit per haec verba veraciter (Lex Baiuv. XVI, 12)
2. dem Wortlaute der Erklärung des Gewähren in Lex Baiuv. App. IV. „cum lege integra (d. h. dem Gesetze gemäss) et verbis testificatione firmare volo".

Aus diesen Stellen ergiebt sich nun m. E. zunächst mit voller Deutlichkeit, dass derjenige Act, welchen das Gesetz als „firmare' bezeichnet, durch Worte vollzogen wird. Das firmare scheint identisch zu sein mit dem Aussprechen der im Anfang von Lex Baiuv. XVI, 11 ausgeworfenen Formeln, resp. den diesen entsprechenden in c. 14 ibid. und in Append. IV, welche sämmtlich die Behauptung eines originären Eigenthumserwerbsgrundes enthalten. Und zwar darf nur mit diesen Worten bestätigt werden

„si haec defuerint in supradictis rebus, nullatenus potest firmare".

Diese Worte sollen aber weiter „veraciter" ausgesprochen werden: Ihr Aussprechen ist, wie die Appendixstelle sagt, eine testificatio. Der Grund, weshalb der Verkäufer unter Umständen seiner Gewährleistungspflicht nicht genügen kann, ist also unzweifelhaft der, dass er eine unwahre Thatsache behaupten müsste. Hiernach scheint aber das firmare keineswegs eine blosse Parteibehauptung zu sein, deren Wahrheit oder Unwahrheit erst durch das weitere Verfahren erwiesen wird, sondern bereits selbst eine Beweishandlung. Da nun unsere Stelle selbst „firmare" mit „sviron" übersetzt, und sviron nach J. Grimm mit „sverjan" (iurare) zusammenhängt, so liegt die Vermuthung nahe, dass das „firmare" ein Eid des Auctors über die sein Recht an der Sache begründende Thatsache ist.

Hiergegen ergiebt sich nun sofort das Bedenken, dass nach c. 11 die Entscheidung zwischen Käufer und Verkäufer von einem Zweikampfe abhängig gemacht wird, der dem „firmare" nachfolgt. Ist es aber möglich, dass dieselbe Thatsache zunächst durch einen Parteieid und demnächst durch ein anderes Beweismittel festgestellt wird? Zur Beantwortung dieser Frage ist die Analogie eines in Titel XVII der Lex Baiuvariorum behandelten

Falles heranzuziehen. Hier wird nemlich bestimmt, dass ein Zeuge, welcher einen Meineid geleistet hat, der Partei, welche durch seine Schuld den Process verloren hat, Ersatz und Busse geben soll:

> L e x B a i u v a r. tit. XVII c. 6. dicat: „Ad testem sortitus sum et ad testem me facere volo"; prendat manum proximi sui et dicat: „Sic illum Deus adiuvet et illum, cui manum teneo, quod ego ad testem inter vos per aurem tractus fui de ista causa ad veritatem dicendam". Tunc solus iuret cum sua manu, e t s i m e n d a c i t e r i u r e t, c o n p o n a t i l l i c u i c a u s a m a b s t u l i t, c u m 12 s o l i d i s [c o n p o n a t] e t i p s a m c a u s a m r e s t i t u a t, a u t d e f e n d a t s e c u m c a m p i o n e s u o, s i r e c t e i u r a v i t, h o c e s t p u g n a d u o r u m.

Eine ausführlichere Bestimmung enthält das cap. 2 desselben Titels, welches speciell einen Rechtsstreit über ein Grundstück betrifft. Beide Theile behaupten von demselben das Eigenthum durch Rodung erworben zu haben. Die Entscheidung ist schliesslich von der Aussage eines von dem Kläger benannten Zeugen abhängig gemacht worden, welcher demnächst der Behauptung des Klägers entsprechend einen Eid dahin ableistet

> „quia ego hoc meis auribus audivi et oculis meis vidi, quod istius hominis opera prior fuit in isto agro, quam tua, et labores fructuum ille tulit.

Verklagter ist hierauf, wie aus dem Folgenden hervorgeht, zur Herausgabe des Grundstücks (nebst Busse) verurtheilt worden und diesem Urtheile nachgekommen.

> „Tunc ille defensor, si sperat, quod iustitia de illo agro suo [habeat], et hoc in praesente populo fiat, ne per invidiam aliquis pereat, dicat ad illum testem: „Mendatium iurasti contra me, sponde mihi pugna duorum, et manifestet Deus, si mendatium iurasti, et contra me conponere debes cum 12 solidis, et illam terram reddere, quod mendaciter abstulisti." S i v i n c e r i t i l l e q u i q u a e r i t, c o n p o n a t c u m 12 s o l i d i s e t i l l a m t e r r a m r e d d e t; e t s i i l l a m t e r r a m n o n p o t u e r i t d o n a r e, a l i a m i n p r o x i m o, q u a n t u m i a c t u s e s t d e s e c u r e s a i c a v a l e n t i, e t s i i n p r o x i m o n o n h a b e t n e c c o n p a r a r e p o s s e t, i u r e t s e c u n d u m p r e t i u m a g r i, u t i p s u m a g r u m c u m p r e t i o v a l e n t e n e c c u m d u p l o n e c c u m t r i p l o

conquirere non potuit, et donet ubi habet, et ipsum agrum qui donet iuret, quod iste talis sit, qualis suus fuerat.

Der uns interessirende Inhalt der obigen Stellen ist nun bei beiden übereinstimmend der folgende. Diejenige Partei, zu deren Ungunsten der Hauptprocess durch die Aussage des von dem Gegner benannten Zeugen entschieden ist, greift dieses Zeugniss als ein meineidiges an. Die Schelte des Zeugnisses erfolgt mittelst einer gegen den Zeugen angestrengten Klage, und zwar wird in beiden Fällen angenommen, dass diese Klage mit dem kampflichen Grusse verbunden ist. Der in dem Zweikampfe unterliegende und demgemäss des Meineids überwiesene Zeuge wird darauf zu einer Busse von 12 solidi und zum Schadensersatze verurtheilt. Als Gegenstand der Ersatzverbindlichkeit wird in c. 6 allgemein „illa causa, quam abstulit" bezeichnet, d. h. der Gegenstand des Processes, dessen Verlust für den nunmehrigen Sieger in dem Meineidsprocesse der Zeuge durch seine falsche Aussage bewirkt hat. In c. 2 dagegen, wo es sich um einen speciellen Fall, den Streit um ein Grundstück handelt, geht sowohl das Petitum des Klägers, wie das Urtheil dahin, der meineidige Zeuge solle illam terram reddere, quam mendaciter abstulit. Der Erkenntnisstenor verurtheilt also den Zeugen zur Herausgabe desjenigen Grundstücks, welches den Gegenstand des Hauptprocesses gebildet hat. Das hierbei auftauchende Bedenken, wie es möglich ist, dass der Zeuge eine Sache, welche sich niemals in seiner Gewere befunden hat, herausgebe, wird dann durch das Ende des c. 2 dahin aufgeklärt, dass der Inhalt der durch das Urtheil constituirten Verpflichtung des meineidigen Zeugen ein Thun desselben ist. Da sich nemlich das Grundstück in dem Eigenthume eines Dritten befindet, von dessen freier Willensbestimmung es abhängt, ob er sich desselben entäussern will, so kann von dem meineidigen Zeugen nur verlangt werden, dass er seine Bemühungen anwende, um diesen Entschluss des Eigenthümers herbeizuführen, m. a. W., dass er das Grundstück käuflich zu erwerben suche. Das Mass der anzuwendenden Bemühungen wird dann weiter von dem Gesetzgeber bestimmt normirt, wie sich aus dem Eide ergiebt, den der Zeuge im Falle des Misslingens seiner Bemühungen zu leisten hat. Er muss in diesem Falle beschwören, dass er dem Eigenthümer einen Preis geboten habe, welcher das Dreifache des wahren Werths des

Grundstücks erreiche. Falls jener sich auch durch dieses Gebot nicht zur Veräusserung des streitigen Grundstücks bewegen lässt, hört die Verpflichtung des Zeugen zur Verschaffung der in dem Judicat bezeichneten individuellen Sache auf und es tritt ein Interesse-Anspruch an ihre Stelle. Dieser richtet sich jedoch nicht auf Geld, sondern auch auf ein Grundstück, und zwar principaliter auf ein solches, welches von dem eigentlich in obligatione befindlichen um einen Beilwurf entfernt ist, eventuell auf irgend ein anderes Grundstück, welches nach dem Würderungseide des zur Leistung Verpflichteten mit dem dem Berechtigten entzogenen gleichwerthig ist. Dass nemlich der Zeuge zum mindesten ein solches in derselben Mark belegenes Grundstück besitzt, wird vorausgesetzt, da er nur unter dieser Bedingung zu dem Zeugniss zugelassen wird:

> „ille homo, qui hoc testificare voluerit, commarcanus „eius debet esse et debet habere 6 solidorum pecunia et „similem agrum“.[9])

Das Wesentliche, was sich aus diesen Stellen deutlich ergiebt, obgleich es in denselben nicht direct ausgesprochen ist, ist nun, dass die Feststellung, der Zeuge habe in dem Hauptprocesse einen Meineid geleistet, keinen Einfluss auf die in dem letzteren ergangene Entscheidung ausübt. Die Partei, welcher das Eigenthum des Grundstücks einmal zugesprochen ist, verbleibt in demselben, obgleich sie dieses ihr günstige Urtheil nur durch die falsche Aussage des von ihr laudirten Zeugen erlangt hat. M. a. W., dem alten bairischen Rechte ist die Restitutionsklage des § 543 Z. 3 der deutschen Reichscivilprocessordnung unbekannt. Aber auch dem meineidigen Zeugen steht, obgleich er zur Herausgabe des bezüglichen Grundstücks verurtheilt ist, kein rechtliches Zwangsmittel gegen die im Besitze befindliche Partei, welche diesen Besitz seinem Zeugnisse verdankt, zur Seite; er muss derselben vielmehr einen hohen Preis bieten und auch diesen braucht sie nur zu acceptiren, wenn sie es will. Man könnte dieses Verhältniss demgemäss gar nicht besser ausdrücken, als mit den

[9]) Das „similem agrum“ bezieht sich also nicht bloss, wie Siegel, Gerichtsverfahren S. 195, anzunehmen scheint, darauf, dass der zum Zeugniss Fähige überhaupt zur Ersatzleistung vermögend sein muss, sondern gerade darauf, dass er diese bestimmte Art des Ersatzes, nemlich durch Hingabe eines gleichartigen, in derselben Mark belegenen Grundstücks leisten kann.

anscheinend so dunkeln Worten, welche die Lex Baiuv. in tit. XVI c. 11 bei Besprechung der firmatio gebraucht:

„non potest (nemlich hier der Zeuge) ab eo (nemlich hier von der im Besitze des Grundstücks befindlichen Partei, zu deren Gunsten der Zeuge ausgesagt hat) retrahere, nisi ipse (die Partei) voluerit, si campio quaeritoris vicerit (d. h. wenn der Zeuge des Meineids überführt ist).

Schon hieraus ergiebt sich, dass die eben citirte Stelle der Lex Baiuvariorum völlig erklärt sein würde, wenn es zulässig wäre, die für das Zeugniss entwickelten Grundsätze auf die firmatio zu übertragen. Der Process schwebt zwischen dem Kläger und dem Käufer; der Letztere beruft sich zum Beweise seines Rechts an der Sache auf seinen Auctor. Dieser bestätigt zunächst durch die Uebernahme der Gewährschaft die Wahrheit des von dem Käufer behaupteten, derivativen Erwerbsgeschäftes und schwört dann einen Eid, von dem es dahingestellt bleiben muss, ob er Partei- und Zeugen-Eid ist, über seinen eigenen, originären Erwerb. Damit ist der Hauptprocess beendigt, und der Verklagte von seiner Verpflichtung zur Herausgabe der Sache definitiv befreit. Hierauf strengt der Kläger gegen den Auctor eine neue Klage wegen Meineides an und fordert von demselben Herausgabe der Sache, obgleich derselbe nicht im Besitze der Sache auch nicht in der Lage ist, dieselbe dem Käufer wider seinen Willen herauszugeben. Das will eben die Appendixstelle in den bei Siegel unerklärt gebliebenen Worten sagen: iniuste territorium meum alteri firmasti, ipsum mihi debes reddere et cum 12 solidis componere. Das Ansinnen, eine Sache, über welche er gar keine Disposition hat, herauszugeben, stimmt, ebenso wie die Busse von 12 solidi, genau mit der obigen Stelle überein, in welcher der Zeuge wegen Meineides belangt wird. Wird nun aber der Auctor des Meineides überwiesen (si campio quaesitoris vicerit), so besteht, wenn die Analogie von XVI, 2 wirklich entscheidend ist, seine Verpflichtung zum reddere darin, dass er die Sache von dem Käufer zu erwerben sucht, um sie demnächst dem Kläger zurückzustellen. Ob der Käufer ihm dieselbe zurückgeben will, hängt ganz von ihm ab: „si autem firmaverit, non potest ab eo cui firmavit, nisi ipse voluerit retrahere“. Das Uebrige, d. h. wie der anscheinende Widerspruch zwischen dem

auf Herausgabe der Sache gerichteten Urtheil und dem Mangel jeden Zwanges zur Verwirklichung desselben dem Käufer gegenüber zu beseitigen ist, wäre dann aus Lex Baiuv. XVII, 2 zu ergänzen, d. h. der firmirende Auctor hätte gleichfalls die Verpflichtung zur Abgabe eines hohen Gebotes und müsste, falls dieses nicht acceptirt wird, ein gleichartiges Grundstück gewähren.

Bei dieser Erklärung, welche das über Lex Baiuv. XVI, 11. 12 liegende Dunkel zu lichten scheint, ist nun aber vorausgesetzt, dass firmare wirklich schwören bedeutet. Hiergegen ergeben sich jedoch aus der Appendixstelle, insbesondere dem Schlusse derselben Bedenken, welche diese Voraussetzung, von der wir bisher ausgegangen sind, wieder in Frage stellen. In den Worten „sin autem, cum sacramento se defendat, id est cum 12, quod suam terram iniuste non firmasset alteri, nec suae ditioni restituere deberetur, nec cum 12 solidis conponere" wird nemlich der Möglichkeit gedacht, dass in dem Stadium des Processes, welches wir als Meineidsverfahren bezeichneten, die Entscheidung nicht bloss von einem Kampfe[10]), sondern auch von dem Eide

[10]) Was den Kampf anbetrifft, so würde mit Bezug auf ihn, wenn eine von Merkel (Zeitschrift für Rechtsgeschichte II S. 111 Anm. 6) aufgestellte Ansicht begründet wäre, das Verfahren wegen der iniusta firmatio noch eine Abweichung von den für den Meineidsprocess aufgestellten Grundsätzen aufzuweisen haben. In ersterem ist nemlich, wie sich aus Lex Baiuv. XVI, 11 unzweideutig ergiebt, der Zweikampf mittelst Kämpen gestattet; bei dem Meineidsverfahren soll aber nach Merkel nur der Zweikampf unter den Parteien selbst zulässig sein. Merkel hält also an der alten Ansicht über den Unterschied von „champfwich" und „wehadinc" fest (vergl. die bei Merkel, Monum. Germ. histor. Leg. III p. 313 N. 49 und Siegel, Gerichtsverfahren S. 217. 218 N. 9—11 angeführte Litteratur), während m. E. bereits von Siegel (S. 217. 218) der Nachweis geführt ist, dass wehadinc der Kampfvertrag ist und dass derselbe die Vertretung durch campiones bei dem wirklichen Kampfe (champfwich) nicht ausschliesst. Letzteres geht, abgesehen von Decr. Tassil. IV. 4, 5 auch aus der von Merkel (Zeitschrift S. 111) zum Beweise des Gegentheils angeführten Stelle Lex Baiuv. XII, 5 hervor. Auf diese stützt auch Siegel S. 217 seine Widerlegung der älteren Ansicht, während er sie S. 234 Anm. 1 ebenso, wie nach ihm Merkel, interpretirt. Dieselbe lautet in den Monum. Germ.: „tunc spondeant invicem wehadinc et in campiones non sortiantur, sed cui Deus fortiorem (Siegel liest noch: fortiam) dederit et victoriam, ad ipsius partem designata pars ut quaerit pertineat". Dieser Passus kann wohl nur in der Art verstanden werden, dass die Parteien in dem vorliegenden Falle nicht wie sonst um die Kämpfer loosen sollen (Vergl. Lex Baiuv. IX, 2 „duo cam-

des Auctors abhängig gemacht werden kann. Allerdings ist dieser Eid mit 12 Helfern zu schwören, während die firmatio, wenn sie überhaupt ein Eid wäre, doch nur einen Eineid darstellen würde. Es findet sich nun allerdings in den Volksrechten keine Bestimmung, nach welcher der Meineidige völlig eidesunfähig wäre — die Lex Alamannorum bestimmt nur, dass der falsche Zeuge nicht zum Zeugniss zugelassen werden soll[11]) —; in der oben be-

piones pugnent et sortiant de illis, cui Deus fortiorem dederit; Decr. Tass. IV „de pugna — ut prius non sortiantur); die Annahme aber, dass die Vertretung durch campiones überhaupt ausgeschlossen werden soll, wird durch die Worte „cui Deus fortiorem dederit" widerlegt. Der Wegfall des Loosens erklärt sich übrigens aus der Natur des Grenzstreits, von dem das in Rede stehende Capitel handelt; bei diesem kommt es nemlich in praxi weniger auf Feststellung des alten, rechtmässigen Grenzzuges an — der Nachweis eines solchen ist häufig unmöglich —, sondern auf Regulirung eines unsicheren Grenzzustandes (Grenzverwirrung) durch Anlegung neuer Grenzen. Daher soll auch im altbairischen Rechte durch den Zweikampf beim Grenzstreite nicht etwa die eine oder die andere der sich gegenüberstehenden Parteibehauptungen als richtig erwiesen, sondern nur die zwischen den Parteien bestehende Streitfrage aus der Welt geschafft werden. Hierzu ist aber die Verbindung von Loosziehung und Kampf nicht erforderlich; vielmehr genügt der letztere, welcher dem Geiste der damaligen Zeit entsprechend gewählt wird, für sich allein. Erscheint demgemäss die oben angedeutete Unterscheidung von „wehadinc" und „champfwich" überhaupt als unzulässig, so ist auch ferner die Behauptung Merkel's unrichtig, dass in dem Meineidsverfahren die Parteien selbst kämpfen müssen. In Lex Baiuv. XVII, 2 lautet der kampfliche Gruss an den meineidigen Zeugen allerdings „sponde mihi pugnam duorum"; auch wird gesagt „si vincerit, qui quaerit" statt „si campio quaesitoris vicerit". Aus c. 6 eod. tit. geht aber mit Sicherheit die Zulässigkeit der Vertretung durch Kämpfer hervor: „si mendaciter iuret, restituat aut defendat se cum campione, si recte iuravit, hoc est pugna duorum". Natürlich war es der Partei stets überlassen, selbst die Waffen zu führen. Als selbstverständlich vorausgesetzt oder direct angeordnet wird dieses in Lex Baiuv. II, 1, wo von dem Hochverrathe gegen den dux gehandelt wird; hier wird gesagt „nec sub uno teste, sed sub tribus testibus personis coaequalibus sit probatum; si autem unus fuerit testis et ille alter negaverit: tunc Dei accipiant iudicium et exeant in campo, et cui Deus dederit victoriam, illi credite". In dieser Stelle ist es zunächst zweifelhaft, ob der Angeklagte mit dem Zeugen oder dem Ankläger zu kämpfen hat, Sollte aber auch — was bei dem in obiger Stelle behandelten Falle wahrscheinlich ist — an ein Officialverfahren gedacht sein, so würde der Zweikampf doch keineswegs zur Entscheidung eines Meineidsprocesses dienen; derselbe wäre vielmehr nur ein Ergänzungsbeweis, der durch den Mangel der gesetzlichen Zahl von Zeugen nothwendig wird.

[11]) Cf. Siegel S. 195.

sprochenen Stelle von Baiuv. XVII, c. 2 sahen wir sogar, dass der meineidige Zeuge sowohl zur Eidesleistung über das gesetzlich erforderte Preisangebot, wie zum Würderungseide über die Qualität des von ihm als Ersatz hingegebenen Grundstückes zugelassen wird. Auch ist die Bestrafung des Meineids in dem altbairischen Rechte, ebenso wie in den übrigen Volksrechten, eine sehr geringe. Nichtsdestoweniger erscheint es kaum glaublich, weil widersinnig, dass sich in irgend einem Rechte jemand von der Anschuldigung des Meineides durch einen eigenen Eid befreien könne.

Ein zweites Bedenken, welches unserer obigen Voraussetzung entgegensteht, ist das Folgende. Wenn wirklich die firmatio ein Eid wäre, warum wird dann für einen so einfachen und in der Lex Baiuvariorum so häufig begegnenden Act, wie die Eidesleistung, eben hier ein besonderer Ausdruck gebraucht, welcher andererseits so selten in diesem Sinne angewendet wird? Warum wird gar noch das diesem Ausdrucke entsprechende bairische Wort hinzugefügt, was doch sonst der Lex Baiuvariorum bei so alltäglichen Dingen, wie der Eidesleistung, nie einfällt, sondern höchstens bei sehr alterthümlichen und specifisch germanischen Instituten vorkommt, bei denen der Gebrauch des lateinischen Wortes allein nicht genau genug erscheint. Warum wird endlich „iurare" nicht wenigstens einmal abwechselnd mit „firmare" gebraucht? Nun haben wir jedoch oben nachgewiesen, dass die firmatio nach den bezüglichen Stellen der Lex Baiuvariorum zum Mindesten die feierliche Versicherung einer Thatsache enthält und also mehr den Charakter einer Beweishandlung als einer processualischen Behauptung hat. Wie ist es aber wiederum denkbar, dass eine solche feierliche Versicherung in der Lex Baiuvariorum nicht in der Form des Eides erscheint?

Aber auch diese Bedenken lassen sich m. E. bei näherer Betrachtung der Appendixstelle heben. Letztere beginnt mit der Erhebung des Anspruchs auf die Sache seitens des Dritten; hierauf wendet sich der Käufer an seinen Gewähren und verabredet mit demselben einen Termin,

„super 7 noctes fiat constitutum".

Dieser Termin wird, wie aus dem Folgenden hervorgeht, auf dem Grundstücke abgehalten und in demselben die feierliche Wiederholung der Uebergabe vorgenommen. Dieselbe schliesst damit,

dass der Auctor, während er mit der rechten Hand dem Käufer tradirt, mit der linken dem Ansprecher eine wadia mit den Worten übergiebt „ecce wadium tibi do quod tuam terram alteri non do legem faciendi.“ Er verpflichtet sich also, dem Kläger feierlich darüber „das Gesetz zu thun“, dass er nicht sein (des Klägers) Grundstück einem Anderen gebe, mit anderen Worten darüber, dass das Grundstück vor der Veräusserung sein (des Verkäufers) Eigenthum war. Legem facere ist nun, wie die Vergleichung der Quellen aus jener Zeit lehrt, identisch mit „Recht geben“, „sich gerichtlich verantworten“. Zieht man in Betracht, dass der Dritte, während der Abschliessung dieser Wette, also bei der Schilderung des Terminsschlusses als „hic qui de ipsa terra eum mallet“ bezeichnet wird, so lässt sich mit grosser Wahrscheinlichkeit behaupten, dass das ganze Verfahren mit der firmatio ein aussergerichtliches ist und erst dann, wenn der Ansprecher die firmatio anficht, zu einem gerichtlichen Termine führt. Bei dieser Annahme ist die Bezeichnung des Ansprechers bei Uebergabe der wadia als desjenigen, qui de ipsa terra eum mallet, völlig verständlich. Für das Verhältniss des Ansprechers zu dem Gewähren passt dagegen diese Wendung überhaupt nicht; denn dieser ist gar nicht von ihm, sondern von dem zuerst belangten Käufer zur Ableistung der firmatio herbeigerufen worden. Während also bei der Annahme, dass der Termin ein gerichtlicher ist, die obigen Worte unklar sind, erklären sie sich bei der Annahme, dass der Act auf dem Grundstücke aussergerichtlich stattfindet und dass der Ansprecher bei der Anfechtung der firmatio Recht vorgeschlagen d. h. den Gewähren zur Verantwortung vor Gericht aufgefordert hat. Die Annahme, dass der ganze Akt ein aussergerichtlicher ist, wird ferner auch dadurch bestätigt, dass die symbolische Besitzübertragungshandlung zweifellos der zur Eigenthumsübertragung dienenden alten traditio und späteren Investitur entspricht. Diese feierliche Besitzeinweisung findet aber nach den von Merkel, Heusler und Haiss[12]) angeführten bairischen Urkunden noch in einer viel späteren Zeit als derjenigen, welcher diese Stelle angehört, nicht mit Zuziehung des Gerichts statt, sondern aussergerichtlich vor Zeugen.

Im Uebrigen hat man bisher die gegentheilige Ansicht, dass

[12]) Merkel a. a. O. S. 101 ff.; Heusler, Gewere S. 8, 9; Haiss, Traditio und investitura S. 85 ff.

nemlich der in Lex Baiuv. App. IV geschilderte Termin ein gerichtlicher sei, für selbstverständlich gehalten. Wollte man für diese Annahme Beweise aufsuchen, so würden hier wohl zunächst die Worte „supra 7 noctes fiat constitutum“ in Betracht kommen. Es ist nun aber an sich klar und übrigens auch durch Quellenstellen bezeugt, dass in dem Worte „constitutum“ nicht nothwendig eine Beziehung auf einen gerichtlichen Termin liegt. Ebensowenig kann man sich auf die Aehnlichkeit unser Stelle mit der Lex Alam. LXXXVII berufen, in dem Sinne, dass die letztere bei der Abfassung ersterer benutzt wäre. Ich finde bei Vergleichung beider keinen Grund für diese Annahme, und zwar um so weniger, als die Lex Baiuvariorum selbst an anderer Stelle die Zwischenräume zwischen den regelmässigen Gerichtsterminen festsetzt und zwar in anderer Art, als dieses in der Lex Alamannorum geschieht. Während in dieser alle 15 resp. 7 Tage Gericht gehalten werden soll[13]), schreibt die Lex Baiuvariorum[14]) vor, dass regelmässig „placita fiant per kalendas“ und nur ausnahmsweise, sofern dies zwecks Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung nothwendig ist, „post 15 dies“. Dadurch wird noch unwahrscheinlicher, dass es sich bei dem constitum supra 7 noctes um einen gerichtlichen Termin handle.

Nach alledem wäre aber die firmatio eine aussergerichtliche, mit feierlicher Wiederholung der Tradition verbundene und mit den Strafen des Meineides bedrohte Versicherung einer ein Recht an der Sache begründenden Thatsache, abgegeben von dem früheren Besitzer der Sache, in Erfüllung der von ihm seinem Rechtsnachfolger gegenüber übernommenen Gewährleistungspflicht. Welcher Act in dem ganzen Vorgange speciell als firmatio bezeichnet wird, lässt sich schwer feststellen; vermuthlich ist die Sache so zu denken, dass der Auctor zunächst durch die Worte „mei antecessores tenuerunt et mihi in alode reliquerunt et vestita est illius manu, cui tradidi, et firmare volo cum lege“ oder diesen gleichstehende sein Recht an der Sache behauptet und demnächst die feierliche Uebergabe vornimmt, bei welcher er dreimal sagt: „ego tibi tradidi et legitime firmabo“. Die Behauptung des Rechts scheint hierbei nicht

[13]) L. Alam. Hloth. c. 36.

[14]) L. Baiuvar. text. prim. II 14.

wiederholt worden zu sein; jedoch ist die Bezugnahme auf diese früher aufgestellte Behauptung nach Lage der Sache selbstverständlich. Im Uebrigen wird man wohl, falls man nicht noch einen in der Lex Baiuvariorum nicht mitgetheilten Act supponiren will, Merkel[15]) darin beipflichten müssen, dass dieselbe unter der firmatio die Gewährleistung im Allgemeinen, freilich aber auch nur diese Art der Gewährleistung verstanden hat.

Zu erklären bleibt demnach nur noch der Satz „tunc ille alter suscipiat wadium et donet illud vicessoribus istius ad legem faciendi". Siegel[16]) versteht unter den „vicessores" helfende Freunde, wie sie mehrfach in späteren Quellen bei der Schilderung des gerichtlichen Verfahrens neben dem Vorsprechen erwähnt werden[17]), und zwar soll nach ihm der Ansprecher die wadia an seine helfenden Freunde weitergeben, was aber wohl mit dem Worte „istius" kaum vereinbar ist. Die am nächsten liegende Annahme scheint die zu sein, „vicessores" als identisch mit „successores" zu fassen[18]); dann wären hiermit also die Rechtsnachfolger des Veräusserers gemeint, wobei es wenig Bedenken erregen würde, dass dieselben in der Mehrzahl gedacht sind, während vorher nur von Einem gesprochen wird. Diese Erklärung liegt aber auch deshalb am nächsten, weil dieselben allein als im Termine erschienen erwähnt sind. Am wahrscheinlichsten wäre es nun, dass der Käufer als Treuhänder fungirt, bei welchem die wadia deponirt wird. Ebenso werden in Lex Alam. Hloth. LXXXVII Scholle und Zweige, welche dort zur Festigung des Streites dienen, von dem comes, dem sie übergeben sind, einer manus fidelis anvertraut. Diese Erklärung wird aber zweifelhaft durch den Zusatz „ad legem faciendi (faciendam)". Falls diese Worte, die sich übrigens in allen Handschriften finden, nicht als Schreibfehler anzusehen sind — mit denselben Worten schliesst nemlich auch der vorher-

[15]) A. a. O. S. 114 ff.

[16]) Gerichtsverfahren S. 263 Anm. 7.

[17]) Vgl. Homeyer Richtsteig Landrechts S. 425. 426 und die dort Genannten, ferner Blume des Sachsensp. Nr. 45 (ebenda S. 367).

[18]) Merkel, Zeitschrift S. 110 Anm. 5, verzichtet auf eine Uebersetzung des Wortes „vicessores", bemerkt aber, dass in Urkunden aus dem 12. Jahrhundert die Zeugen „successores" genannt werden. Du Cange: vicessor i. e. qui vices alterius agit.

gehende Satz —, so könnte man daran denken, dass sie nur nochmals den Zweck, zu dem die wadia hingegeben ist, hervorheben sollen. Müsste man aber annehmen, dass nach ihnen jetzt der Kläger sich dem Käufer gegenüber verpflichtet, so würde der nähere Inhalt der fides facta wohl das Versprechen des Klägers sein, sich im Falle seines Unterliegens wegen der durch die unrechtmässige Erhebung eines Anspruchs auf das Grundstück begangenen iniusta invasio zu verantworten.

Druckfehler-Verzeichniss.

S.	13	Z.	16	v. o.	lies	„wahrlich“ statt „wahrscheinlich“.	
S.	36	Z.	17	v. o.	„	„nach sich zieht“ statt „nach zieht“.	
S.	64	Z.	10	v. o.	„	„bei handhafter That“ statt „handhafter That“.	
S.	71	Z.	20	v. o.	„	„einem“ statt „einen“.	
S.	102	Z.	1. 2	v. o.	„	„oblata“ statt „obata“.	
S.	142	Z.	19	v. o.	„	„colocaverit“ statt „colocaveri“.	
S.	195	Z.	14	v. u.	„	„corio“ statt „conio“.	
S.	196	Z.	6	v. o.	„	„in manu“ statt „ad manum“.	
S.	196	Z.	6	v. o.	„	„vindicionis“ statt „vindicisnis“.	
S.	196	Z.	8	v. o.	„	„qui“ statt „bui“.	
S.	220	Z.	6	v. u.	„	„nur“ statt „mir“.	

Druck von E. Gruhn's Buchdruckerei in Warmbrunn.

Verlag von **Wilhelm Koebner** in **Breslau:**

Zur Lehre vom
versuchten und unvollendeten Verbrechen.

Von

Dr. Ludwig Cohn.

Erster Band: Begriff und Umfang.

Preis 12 Mark.

Die Rechtsmittel
des Civilprocesses und des Strafprocesses
nach den Bestimmungen der deutschen Reichsgesetze.

Von

Dr. August von Kries.

Preis 5 Mark 40 Pf.

Die altdänischen Schutzgilden.
Ein Beitrag
zur
Rechtsgeschichte der germanischen Genossenschaft.

Von

Dr. iur. Max Pappenheim,
Privatdocenten an der Universität Breslau.

Preis 13 Mark.

Untersuchungen
zur
Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte

herausgegeben von

Dr. Otto Gierke,
Professor der Rechte an der Universität Heidelberg.

Heft I—XXI. Preis 73 Mark.

Oberm.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

London, Paul

Die Anfangsklage in ihrer ursprünglichen Bedeutung Von Paul London. Aus dem Nachlasse des Verfassers herausgegeben von Max Pappenheim

Breslau 1886

J.pract. 155 ik

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11634190-5